

TRABAJO FINAL DE GRADO

**LA DIRECTIVA SOBRE
INDEMNIZACIÓN DE LOS
DAÑOS Y PERJUICIOS
CAUSADOS POR
INFRACCIONES AL
DERECHO DE LA
COMPETENCIA**

PAULINA CISNEROS CHÁVEZ

DIRECCIÓN: FRANCISCO MERCADAL VIDAL

FECHA DE ENTREGA: 15 de mayo de 2015

RESUMEN

Las acciones por daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia han presentado siempre diversas problemáticas que impedían el efectivo acceso al derecho de resarcimiento confirmado por la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea.

Por ello la Comisión Europea lleva impulsando más de 10 años una armonización de las acciones de daños y perjuicios, armonización que no ha estado exenta de dificultades, debido principalmente a los obstáculos que presentan las indemnizaciones por daños y perjuicios, en esta materia.

No ha sido hasta finales de 2014 que no se ha conseguido la aprobación de una Directiva que elevara a un texto vinculante las disposiciones europeas referidas a las acciones indemnizatorias, culminando de esta manera con un proceso que se inició con la STJUE *Courage*.

La Directiva, que deberá de ser transpuesta antes del 27 de diciembre de 2016, pretende regular de forma exhaustiva algunos de los aspectos que más dificultad presentan estas acciones en la regulación interna de los EM, para consolidar la normativa referida a la aplicación privada, y establecer un marco jurídico único en todo el Mercado común, en el que la aplicación privada y la aplicación pública del Derecho de la competencia actúen coordinadas en la labor de prevenir y sancionar ilicitudes anticompetitivas.

ÍNDICE

| | | |
|------|--|----|
| I. | Introducción..... | 6 |
| II. | Objetivos y metodología | 7 |
| i. | Análisis de la Directiva sobre indemnización de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia..... | 7 |
| ii. | Materiales analizados..... | 8 |
| III. | Marco Jurídico anterior a la Directiva..... | 9 |
| i. | El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea | 10 |
| ii. | El Reglamento (CE) 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 | 11 |
| iii. | El Libro Verde | 12 |
| iv. | El Libro Blanco | 13 |
| v. | Del Fracaso Proyecto de Kroes a la Directiva 2014/104/UE..... | 14 |
| IV. | Problemática que presenta la aplicación privada del Derecho de la competencia | 16 |
| i. | Aplicación privada del Derecho de la competencia y su interacción con la aplicación pública | 16 |
| ii. | Diversidad de normas nacionales que regulan la aplicación privada del Derecho de la competencia | 20 |
| iii. | Medidas tomadas por los órganos comunitarios | 21 |
| iv. | Evaluación de impacto efectuada por la Comisión previa a la propuesta de la Directiva | 23 |
| V. | Marco jurídico establecido con la Directiva..... | 25 |
| i. | Principios y objetivos que ordenan la Directiva | 26 |
| ii. | Medios de prueba..... | 27 |
| iii. | Legitimados para instar una indemnización por daños y perjuicios | 31 |
| a. | Compradores directos..... | 31 |
| b. | Compradores indirectos. Repercusión de sobrecostos y defensa passing-on..... | 32 |
| iv. | El daño indemnizable | 34 |
| a. | Cuantificación del daño indemnizable | 35 |
| v. | Otros aspectos | 37 |

| | | |
|-------|--|----|
| VI. | Demandas Colectivas | 39 |
| i. | Acciones colectivas y demandas por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia | 39 |
| ii. | Finalidad de la regularización por separado de las acciones colectivas | 41 |
| iii. | Mecanismos recomendados por la Comisión en la Recomendación 2013/396/UE | 42 |
| VII. | Política de Clemencia y la Convergencia con las indemnizaciones por daños y perjuicios | 45 |
| VIII. | Breve comparación con otros sistemas jurídicos | 48 |
| i. | Acciones colectivas..... | 49 |
| ii. | Interacción entre la aplicación pública y privada | 51 |
| iii. | Cuantificación del daño indemnizable | 52 |
| IX. | Conclusión..... | 55 |
| X. | BIBLIOGRAFÍA..... | 57 |
| XI. | ANEXOS..... | 62 |

ABREVIATURAS

AGCM: Autorità Garante della Concorrenza

ANC: Autoridad nacional de la Competencia

CC: Código Civil

CEE: Comunidad Económica Europea

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

EEUU: Estados Unidos

EM: Estados Miembros

FD: Fundamento de Derecho

JPI: Juzgado de Primera Instancia

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

PYMEs: Pequeñas y Medianas Empresas

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SDD: Seguro de Daños Decenal

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

I. Introducción

La política de competencia ha sido desde la creación de la CEE un objetivo más para alcanzar la plena integración económica de los Estados miembros.

Una competencia sin falsedades ni restricciones que permita a las empresas acceder al mercado para ofrecer sus servicios en un mercado libre, es el principal objetivo de la política de competencia.

Pero, para conseguir estos objetivos no es suficiente con la labor de las autoridades de la competencia, que sancionan a quienes cometan un ilícito *antitrust*. Sino que además es necesario que se asegure el derecho al pleno resarcimiento de los afectados por una ilicitud anticompetitiva, asegurando una protección más efectiva del mercado común, e incrementando el efecto disuasorio de la comisión de infracciones.

La Comisión ha abogado por una armonización de demandas por daños y perjuicios desde que en el año 2001 el TJUE reconociera, en la sentencia *Courage*, el derecho a obtener una indemnización de todos aquellos que se hayan visto afectados por una infracción al Derecho de la competencia. Pero esta labor no ha estado exenta de dificultades. El temor de los operadores del mercado interior al establecimiento de un modelo similar al que se tiene en Estados Unidos; la difícil confluencia de la aplicación de los programa de clemencia con la exhibición de pruebas en las acciones de indemnización; o la diversidad de normas nacionales que regulan las demandas por daños y perjuicios, son algunas de las razones por las que las distintas propuestas de armonización que se han realizado, no hayan llegado a formalizarse.

Catorce años después de la célebre sentencia del TJUE, por fin se ha conseguido un paso más para una armonización plena de ese derecho a resarcimiento que quedó plasmado en 2001.

Para ello ha sido necesario multitud de documentos de trabajo de la Comisión en

los que se evalúa el contenido y alcance que tiene la política de competencia; diversas recomendaciones que pretendían unificar las legislaciones nacionales referidas a las demandas de daños y perjuicios por infracciones al derecho de la competencia; y sobre todo la labor de varios mandatos en la Comisión que buscaban hacer confluir los distintos intereses en juego para así poder alcanzar el objetivo final de un mercado común libre de competencia falseada, en la que los operadores del mercado realicen sus actividades con una plena seguridad jurídica.

II. Objetivos y metodología

i. Análisis de la Directiva sobre indemnización de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia

El 10 de noviembre de 2014 fue aprobada la *Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea*¹.

La Directiva, cuya reglamentación se ha llevado a cabo gracias a la labor de varios mandatos de la Comisión, busca armonizar las reglas sobre indemnización de daños y perjuicios por infracciones al Derecho de la competencia, para establecer la igualdad en el derecho a obtener una indemnización en los distintos Estados Miembros.

En este trabajo se pretende analizar dicha Directiva con el objetivo principal de conocer la regulación de las demandas por daños y perjuicios por infracciones al Derecho de la competencia, y los problemas a los que ha tenido que enfrentarse la Comisión para lograr dicha regulación.

Además de dicho objetivo principal, se estudiarán también la regulación que la Comisión ha hecho de las demandas colectivas referidas a acciones de indemnización por infracciones al *antitrust law*; la confluencia de la política de

¹ DOUE de 5 de diciembre de 2014, L349, pp. 1-19.

clemencia con la acciones de resarcimientos; y la manera en la que las demandas por daños y perjuicios se resolvían en los distintos Estados Miembros, poniendo especial énfasis en la jurisprudencia sobre algunos de los cárteles que han operado en España.

ii. Materiales analizados

Para llevar a cabo un estudio en intensidad de la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014, en primer lugar será necesario conocer el marco jurídico anterior a la aprobación de la Directiva, no solo a nivel europeo, sino también el existente en otros sistemas jurídicos, para así conocer las influencias que inspiran la Directiva, y los obstáculos que ha tenido que superar la Comisión para armonizar las demandas por daños y perjuicios.

Para esta labor se analizarán los distintos textos legales que regulan las demandas por daños y perjuicios, tanto las disposiciones de derecho originario –artículos 101 y 102 del TFUE– como los textos de derecho derivado que han intentado regular el Derecho de la competencia; también se examinarán las distintas recomendaciones hechas por la Comisión a los Estados miembros con la finalidad de unificar las acciones de resarcimiento por infracciones al Derecho de la competencia.

Con este mismo objetivo, además de los ya nombrados textos legales, será analizada también la jurisprudencia del TJUE en la que queda plasmado el derecho a indemnización que tienen los afectados por una infracción al Derecho de la competencia.

Se examinarán también las principales deficiencias de la política de competencia, que dificultan el ejercicio del derecho de resarcimiento, para conocer los problemas que ha tenido que afrontar la Comisión a la hora de regular las demandas por daños y perjuicios.

Con este objetivo se examinarán los diversos textos, análisis y evaluaciones hechos por la Comisión, para entender esas deficiencias que motivan una

regulación más exhaustiva para reforzar el derecho a indemnización en todo el territorio de la Unión.

Por otro lado se analizarán las medidas tomadas por la Comisión para asegurar una cooperación entre la aplicación pública y la privada del Derecho de la competencia

Para ello se ha efectuado un estudio de los documentos de trabajo que la Comisión dio a conocer junto con la propuesta de Directiva, además de diversas publicaciones que pretenden poner de manifiesto las diversas dificultades que se presentan en la aplicación privada.

Poniendo especial interés en la concurrencia entre la política de clemencia y la exhibición de documentos en los procedimientos de indemnización, para que ni una ni la otra se vean afectadas, y haya una efectiva indemnización a los perjudicados por una infracción, sin necesidad de que los beneficiarios de un programa de clemencia surjan menoscabados por una acción de indemnización.

La finalidad de conocer a fondo la regulación de las indemnización por daños y perjuicios derivados de un ilícito anticompetitivo, hace necesario estudiar la Recomendación 2013/396 de la Comisión, acerca de las demandas colectivas, para comprender las razones que llevaron a la Comisión a regular las demandas colectivas por separado, y las ventajas e inconvenientes que pueden surgir de esa regulación separada.

Serán objeto de análisis también algunos de los aspectos más importantes de algunos de los sistemas nacionales de indemnización, para compararlos con la regulación hecha por la Comisión, haciendo especial incidencia en la regulación del ordenamiento jurídico español y la aplicación a ciertos supuestos relevantes.

III. Marco Jurídico anterior a la Directiva

Para entender la tradición jurídica que inspira la Directiva 2014/104 será necesario hacer un estudio de los pasos previos a su aprobación. Pasos previos que

nos han llevado hasta la actual regulación de las demandas de daños y perjuicios por infracciones al Derecho de la competencia, que se iniciaron con la aprobación del TFUE, y que culminan con los distintos proyectos de Directivas hechos por los comisarios de competencia.

i. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Si bien el TFUE no establece nada en específico respecto a la aplicación privada del Derecho de la competencia, reconoce en el Preámbulo la necesidad de acción para garantizar un **desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal**, siendo necesarios actos legislativos que busquen eliminar los obstáculos a la libre competencia. Se habilita de esta manera a los órganos europeos para adoptar los textos que fueran necesarios para garantizar la aplicación de los principios del Derecho de la competencia.

Por otra parte los artículos 101 y 102 del TFUE prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia y el abuso de una posición de dominio. Teniendo como raíz estas disposiciones del texto originario, el TJUE admitió que los artículos 101 y 102 producen efecto directo en las relaciones entre particulares, y crean derechos, entre los cuales encontramos la **posibilidad de solicitar la reparación del perjuicio causado por una infracción al Derecho de la competencia**², de esta manera, a criterio del Tribunal se asegura el **efecto útil** de las disposiciones comunitarias de competencia.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, en el caso *Manfredi*³, el TJUE recalca la posibilidad que tiene cualquier persona de solicitar la reparación del perjuicio causado por una infracción del Derecho de la competencia.

Así pues el Tribunal de Justicia se ha encargado de completar los derechos contenidos en las disposiciones sobre competencia del TFUE, incluyendo la

² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-453/99 de 20 de septiembre de 2001.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asuntos acumulados C-295/2004 a C-298/2004 de 13 de julio de 2006

posibilidad de que los afectados vean resarcidos sus daños y perjuicios.

Pero el Tribunal admite que a falta de normativa comunitaria en las indemnizaciones de daños y perjuicios, *serán las legislaciones nacionales quienes regulen el proceso de las demandas por daños y perjuicios de la materia*, siempre y cuando estas sean conformes a los principios de equivalencia y efectividad.

De manera que el derecho a resarcimiento de los afectados por una ilicitud anticompetitiva tiene su fundamento en las disposiciones de competencia del TFUE y sobre todo en la jurisprudencia del TJUE que de esas disposiciones deriva.

ii. El Reglamento (CE) 1/2003 de 16 de diciembre de 2002

Tras la afirmación por el TJUE en el caso *Courage* de ese derecho de resarcimiento de todos los afectados, se inicia en Europa un impulso de las acciones de daños cuyos principales coletazos se manifiestan ya en la publicación del Reglamento 1/2003⁴.

Tanto en el Preámbulo, como en los preceptos legales el Reglamento 1/2003 el legislador faculta a los órganos jurisdiccionales para aplicar las normas comunitarias de competencia, admitiendo la *importante labor de estos a la hora de salvaguardar los derechos emanados del Tratado*, en especial referido a la aplicación privada, que es complementaria de la aplicación pública realizada por las autoridades de la competencia.

Se incluye también la necesidad de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y las autoridades administrativas de la competencia –Comisión y ANC– a la hora de aplicar el Derecho comunitario de la competencia, para asegurar una efectiva aplicación del Derecho de la competencia, no solo en su vertiente pública, sino también en la vertiente privada, que es complementaria de

⁴ Unión Europea. Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L1, 4 de enero de 2003.

la labor de las autoridades de la competencia.

El texto incluye además la necesidad de compatibilidad entre ambos órganos para lograr ese objetivo.

Así pues, el Reglamento 1/2003 no contiene ninguna regulación específica acerca de las demandas de daños y perjuicios por infracciones al Derecho de la competencia, pero en él se pueden observar ya las primeras notas de intención del legislador europeo de regular sobre la aplicación privada del derecho *antitrust*, aplicación efectuada por los órganos jurisdiccionales, y dentro de la cual se encuentra la regulación de las indemnizaciones de daños y perjuicios por una infracción a esos derechos.

Se trata de un paso previo a una regulación más extensa de la aplicación privada del Derecho de la competencia, pero que no es suficiente para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a resarcirse de los afectados, por ello fueron necesarias medidas específicas que buscaban regular de manera concreta los procedimientos de indemnización.

iii. El Libro Verde

Dada la imperiosa necesidad de regular de forma detallada la aplicación privada del Derecho de la competencia, para asegurar su plena eficacia, en 2005 la Comisión publicó en Libro Verde sobre acciones indemnizatorias⁵ con el objetivo de solucionar el subdesarrollo de la aplicación privada del *antitrust law* en los Estados miembros.

Para ello recoge en el texto los diferentes obstáculos que dificultan el funcionamiento eficaz de la reparación de daños, planteando diversas soluciones a cada uno de ellos.

Entre esos obstáculos que se pretenden solucionar se encuentran: la dificultad en el acceso a las pruebas; la necesidad o no de conducta culpable; la definición de

⁵ Libro Verde sobre Reparaciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Bruselas, 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final.

daños y su dificultad de cuantificación; la admisibilidad o no de la defensa del *passing-on* y en caso de admisibilidad, el funcionamiento de la misma; la posibilidad de acciones colectivas, y los legitimados para ejercerla; el coste elevado de las acciones; la coherente coordinación de la aplicación pública y la aplicación privada; la competencia judicial internacional y el derecho aplicable; los plazos de prescripción; y la necesidad o no de requisito de causalidad.

En este texto la Comisión no hace una regulación de las indemnizaciones por infracciones al derecho de la competencia, ni tan siquiera recomienda una opción acertada para la armonización de las demandas por daños y perjuicios, sino que se limita a exponer cuáles son los problemas que presentan las acciones de indemnización, y las posibles soluciones que pueden darse, sin optar por una en especial, ni ser vinculante para los EM.

De forma que continúa habiendo una divergencia en las regulaciones nacionales, que pueden optar por diversas opciones, o por ninguna, y regular con total libertad las acciones indemnizatorias.

iv. El Libro Blanco

Tras la publicación el Libro Verde, continúa siendo necesaria la aplicación de medidas más concretas que desarrollen un efectivo sistema de acciones de daños y perjuicios derivados de una infracción al Derecho de la competencia⁶.

No será hasta 2008, con la publicación del Libro Blanco⁷, que se dé un paso más a una exhaustiva regulación del derecho a obtener indemnización por un ilícito antitrust.

En el Libro Blanco la Comisión recomienda ciertas medidas que deben adoptar los Estados miembros para permitir un efectivo ejercicio del derecho de resarcimiento.

⁶ DIEZ, F, “El resarcimiento de los daños en la aplicación del derecho antitrust. ¿La Gran asignatura pendiente?” En VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, [et al]. *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, 2010, p. 216

⁷ Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Bruselas, 2 de abril de 2008 COM (2008) 165 final.

Las recomendaciones hechas por la Comisión se centran en algunos ámbitos que con posterioridad se regularán en la Directiva, al ser los temas en los que existían más desigualdades de regulación en las normativas nacionales.

Así, los legitimados; el acceso a pruebas; la vinculación de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia para las resoluciones de los órganos jurisdiccionales; el requisito de culpabilidad; el concepto y cuantificación de los daños y perjuicios; la defensa de *passing-on* o repercusión de costes; los plazos de prescripción de las acciones de indemnización; las costas del procedimiento; y la coherencia con la efectiva actuación de los programas de clemencia; son los temas a los que la Comisión da más importancia en el Libro Blanco al ser los que más dificultades y divergencias presentan.

La gran mayoría de estos temas coinciden con los abordados en el Libro Verde, y posteriormente con la Directiva recientemente aprobada, pero, igual que ocurriera con el Libro Verde, el Libro Blanco no es un texto vinculante, por lo que la adopción o no de las medidas que en él se establecen dependerá en todo caso de los EM, no resultando una medida efectiva para la armonización, sino más bien un documento preparatorio de un futuro texto vinculante.

v. Del Fracaso Proyecto de Kroes a la Directiva 2014/104/UE

A pesar de las distintas propuestas de acción hechas por la Comisión y analizadas en los apartados anteriores, la Comisión considera que sigue siendo necesario un texto vinculante para los Estados miembros que adopte la forma de normativa comunitaria para facilitar la concesión de indemnizaciones a los afectados por un ilícito antitrust.

La entonces Comisaria de la competencia, Neelie Kroes inició los primeros pasos para una armonización de las demandas de daños y perjuicios, con la publicación del Libro Verde y el posterior Libro Blanco, pero Kroes era consciente que eran necesarias más medidas que aseguraran el efectivo ejercicio del derecho de

resarcimiento. Por ello intentó, con poco éxito, que se aprobara una Directiva que ayudara a los afectados por una infracción del Derecho de la competencia a conseguir un resarcimiento de los daños causados.

Tras cinco años de mandato, la propuesta de Directiva de Kroes no llegó a aprobarse, en parte debido a la preocupación de algunos operadores del mercado de la instauración de un sistema de reclamación similar al establecido en Estados Unidos, referido a la imposición de indemnizaciones excesivas (*treble damages*), o la litigiosidad abusiva propia del sistema americano.

Es por ello y a pesar de haber sido retocada, con el objetivo de eliminar esa posibilidad, que la propuesta de Kroes no salió adelante⁸. Aunque esto no implica que la propuesta haya quedado en el olvido.

Con el cambio de mandato en 2010 Joaquín Almunia pasó a ocupar el cargo de Comisario europeo de competencia, y, de la misma forma que Kroes, tenía entre sus tareas una armonización de la aplicación privada del Derecho de la competencia⁹, por ello en junio de 2013, elaboró una propuesta de Directiva destinada a regular las indemnizaciones de daños y perjuicios.

Pero igual que le pasara a su predecesora, Almunia finalizó su mandato sin ver aprobada su propuesta en el Parlamento, no sería hasta noviembre de 2014 que la Directiva se aprobara, ya bajo el mandato de Margrethe Vestager, actual Comisaria europea de competencia.

Así pues, han tenido que transcurrir más de cinco años, desde la primera propuesta que pretendía regular esta materia, hasta que la Directiva referida a la indemnización de daños y perjuicios derivados de una infracción del derecho

⁸ DE MIGUEL, B.: “La frustrada indemnización de Kroes”, *Cinco Días* (2009). Disponible en: http://cincodias.com/cincodias/2009/11/12/empresas/1258036798_850215.html

⁹ ALMUNIA, J, “Normas Comunes sobre el Recurso Colectivo en la UE”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A, [et al]. (2011). *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, pp. 43-49

antitrust, llegara por fin a ser aprobada, esto se debe en gran parte a los grandes obstáculos que presenta una regulación uniforme de las acciones de indemnización, obstáculos que serán analizados en el siguiente apartado.

IV. Problemática que presenta la aplicación privada del Derecho de la competencia

i. Aplicación privada del Derecho de la competencia y su interacción con la aplicación pública

Por aplicación privada del Derecho de competencia se entiende la aplicación que hacen los jueces y tribunales de las disposiciones de competencia en los **conflictos entre particulares**¹⁰.

Se trata de las acciones de nulidad de actos que infrinjan el derecho de la competencia; acciones de cesación, o acciones de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por una infracción a estos derechos. Son acciones instada por los particulares, con el objetivo de proteger sus derechos.

Esta es la principal característica de la aplicación privada del derecho de la competencia, la protección de los intereses privados, a diferencia de la aplicación pública cuyo principal objetivo es proteger los intereses públicos como el Mercado común libre, o una competencia libre de falsedades, y por ello es aplicada por autoridades administrativas: la Comisión o las ANC.

Una característica más de la aplicación privada es que es necesario el impulso de un particular para iniciar un procedimiento, mientras que en la aplicación pública se actúa de oficio.

Estas notables diferencias son las que han llevado a la doctrina a posicionarse a

¹⁰ PÉREZ-FERNÁNDEZ, P: *¿Aplicación pública o aplicación privada del derecho de la competencia?*, Documento de Trabajo 2011/11, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, 2011.

favor o en contra de una u otra aplicación del Derecho de la competencia, resaltando las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas¹¹.

Uno de los principales inconvenientes que la doctrina le encuentra a la aplicación privada, es que, si las disposiciones de competencia se dejan en manos de un particular es posible que no se llegara el objetivo de disuadir realmente cualquier conducta que afectara al derecho de la competencia, ya que dependerá de los intereses de los particulares afectados por una infracción, que se castigue o no una conducta anticompetitiva, esto implicaría la necesidad de asegurar a los afectados por una ilicitud anticompetitiva que obtendrán efectivamente dicho resarcimiento, y este tiene que ser de suficiente entidad para que realice también la función de disuasión de conductas anticompetitivas. Un ejemplo de este tipo de sistema sería el que se lleva a cabo en EEUU con el *treble damage*¹²

Pero la tradición jurídica europea es distinta a la estadounidense, y la defensa de la competencia es una cuestión de interés primordialmente público, por ello se pretende evitar unas excesivas semejanzas al sistema americano de compensación de daños en lo referido al exceso de compensación (*treble damage*) y la litigiosidad abusiva.

Esta fue la razón por la que en Europa se optó, en los inicios del Derecho de la competencia, por priorizar la aplicación pública, ya que justamente uno de los objetivos principales de la CEE era crear un Mercado común libre de falseamientos de la competencia garantizando la aplicación efectiva de las normas de la competencia, y el respeto de los derechos que de esas disposiciones deriven; y el camino hacia la consecución de dichos objetivos solo podía allanarse siendo un ente público quien aplicara las disposiciones de competencia.

¹¹ SOTO PINEDA, J.A: “La doctrina y la evaluación de tendencias en la aplicación de la normativa *antitrust*”, Revista de Derecho Mercantil nº 288 (2013), pp. 223-267.

¹² El sistema estadounidense de *treble damage* viene regulado en la sección 4 de la Clayton Act, y supone obtener el triple de los daños sufridos como consecuencia de una infracción a la normativa de competencia, esta *triple compensación*.

Con este sistema se persiguen cuatro objetivos: la indemnización de los afectados por la infracción, la disuasión de la comisión de infracciones, la retención de las ganancias obtenidas por estas, y sancionar las infracciones, algo que no tendría lógica en Europa donde la aplicación pública consigue ya esos objetivos, exceptuando la indemnización de las víctimas. CAVANAGH, E.D. “The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience”, *Selected Work*, en: http://works.bepress.com/edward_cavanagh/4

Pero lo ya expuesto no implica que los afectados por una ilicitud anticompetitiva no tengan derecho a una compensación por los daños y perjuicios sufridos, sino todo lo contrario, el resarcimiento a los daños y perjuicios deriva de esa correcta aplicación de las disposiciones de competencia¹³.

Por ello actualmente desde los órganos comunitarios, se está impulsando la aplicación privada del Derecho de la competencia al ser, para la Comisión, *complementaria a la aplicación pública para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE*¹⁴, actuando como elemento disuasorio de conductas anticompetitivas.

Pero esa complementariedad ha presentado diversas dificultades que se irán esgrimiendo a lo largo de este trabajo.

Una de las principales dudas que surgen a los tribunales a la hora de aplicar el Derecho de la competencia es si es necesaria o no de resolución firme previa de una autoridad administrativa que declare la existencia de la infracción, para que un órgano jurisdiccional pueda aplicar las disposiciones de competencia del Tratado.

Si bien, desde su implantación en un texto legal tan importante como es el TFUE, las disposiciones de competencia del Tratado son vinculantes tanto para los entes estatales como para los ciudadanos, no es hasta la década de los 70 cuando el Tribunal de Justicia reconoce, en diversas sentencias, de **manera expresa** el efecto directo de las disposiciones de competencia del Tratado¹⁵, y por lo tanto, si un juez asumía competencia para aplicar estas disposiciones, no estaba obligado a suspender el proceso judicial en espera de ninguna decisión de carácter administrativo¹⁶.

¹³ Al menos así lo establece el TJUE en la sentencia del caso *Courage* en la que afirma el derecho a resarcimiento de los afectados por una práctica que restrinja la competencia. Esa sentencia se ve afianzada con la resolución del caso *Manfredi*, y numerosas sentencias posteriores que abogan por el derecho a resarcimiento.

¹⁴ Evaluación de Impacto demandas por daños y perjuicios por infracción de las normas antitrust de la UE que acompaña a la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre determinadas normas por las que se rigen las demandas de daños y perjuicios por incumplimientos de las disposiciones sobre competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, SWD 2013/203, Estrasburgo.

¹⁵ STJCE de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, BRT-Sabam

¹⁶ ORTIZ BAQUERO, I: "La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia: La Construcción de un sistema de

Lo ya expuesto se acentuó con la sentencia *Courage*, en la cual el Tribunal admite que los órganos jurisdiccionales son competentes no solo para aplicar el Derecho comunitario de la competencia, sino también para otorgar el derecho a indemnización de aquellos que se hayan visto afectados por una conducta ilícita.

La aprobación del Reglamento 1/2003 eleva a un texto legal esta doctrina jurisprudencial. Pero continuaban existiendo serias dudas acerca del carácter vinculante de las decisiones de las autoridades administrativas frente a los órganos jurisdiccionales, y a la inversa, la posible fuerza vinculante de las resoluciones judiciales frente a las decisiones emitidas por una autoridad administrativa.

De manera que era necesario, no solo regular la aplicación privada del Derecho de la competencia, sino también regular la relación que habría entre las decisiones judiciales y las decisiones administrativas, para dotar de seguridad jurídica a los operadores del mercado.

Otro de los obstáculos que plantea la interacción entre la aplicación pública y la aplicación privada es la utilización, como pruebas en un procedimiento judicial, de los documentos divulgados en un procedimiento ante una autoridad de la competencia.

Ante esta cuestión cabe tener en cuenta la dificultad a la que se enfrentan los demandantes de indemnización a la hora de presentar pruebas de la infracción ya que los documentos probatorios constan en manos de la empresa o empresas que han cometido la infracción, es decir la parte demandante.

Sin embargo las autoridades de competencia están mejor posicionadas para recabar información de las empresas sometidas a un procedimiento por una ilicitud del Derecho de competencia, sobre todo de aquellas empresas que se hayan acogido a un programa de clemencia o una solicitud de transacción¹⁷.

aplicación privada de las normas de libre competencia”, *Revista e-Mercatoria*, vol. 7, núm. 1, 2008.

¹⁷ Las solicitudes de transacción son aquellos procedimientos en los que las partes reconocen haber participado en una práctica prohibida a cambio de un procedimiento simplificado y una multa reducida.

De manera que la exhibición de dichos documentos será vital para conseguir probar la existencia de infracción y la relación de causalidad con el perjuicio sufrido.

Pero esa exhibición puede implicar la divulgación de información confidencial de las empresas sometidas a procedimiento administrativo, e incluso suponer una desventaja para aquellas empresas que hayan colaborado de forma voluntaria con la autoridad de la competencia mediante solicitudes de transacción o acogido a programas de clemencia, algo que puede generar un efecto disuasorio de la colaboración de las empresas con las autoridades administrativas, dificultándose de esta forma las labores de las autoridades a la hora de descubrir y sancionar la práctica de conductas restrictivas, pues tanto los programas de clemencia como las solicitudes de transacción han facilitado la aplicación pública del Derecho de la competencia. Por ello es importante que se busque un punto de conexión para evitar que la aplicación de los programas de clemencia se vea afectada por la aplicación privada, tema que será analizado con posterioridad de forma más extensa (*infra* §8).

Estos problemas ya expuestos han sido tomados en cuenta por la Comisión que ha intentado con diversos documentos, vinculantes o no, solucionar dichos obstáculos para impulsar una mayor utilización de la aplicación privada del Derecho de la competencia, y una mejor convergencia de esta con la aplicación pública, puesto que de esta manera se obtiene una disuasión más completa de las infracciones al derecho *antitrust*.

ii. Diversidad de normas nacionales que regulan la aplicación privada del Derecho de la competencia

La no armonización de la aplicación privada del Derecho de la competencia, supone la existencia de divergencia entre las normas nacionales, causando una inseguridad jurídica a los operadores del mercado, y dificultando una aplicación efectiva del Derecho de la competencia.

La jurisprudencia del TJUE establece que, a falta de normativa nacional, será la normativa interna de cada estado miembro la que regule el derecho a indemnización en sus aspectos procesales¹⁸. El problema que surge de esta afirmación es que los distintos Estados miembros regulan de forma diversa los procedimientos para obtener una indemnización por una infracción, existiendo así una divergencia en el territorio europeo.

Así pues el acceso a dicha indemnización varía dependiendo del Estado miembro en el que se demande, pues hay normativas que son más beneficiosas para el solicitante de indemnización permitiéndole un mejor acceso a las pruebas y simplificando los procedimientos, como el sistema holandés; y sin embargo en otros Estados miembros hay normativas que son más desfavorables para los afectados ya que evitan que se pueda demandar ante órganos jurisdiccionales sin que haya una resolución previa de una autoridad administrativa, o dificultan de manera excesiva el acceso a las pruebas.

Esta situación diversa en los diferentes estados de la Unión implica que haya más demandas por daños y perjuicios en aquellos países con normativa más favorable, y sin embargo en aquellos estados cuya normativa es más perjudicial para los intereses de los afectados el número de demandas es inferior.

Esa diversificación de las normas nacionales supone que el Derecho de la competencia se aplique de forma ineficaz en los EM. Esta es la razón por la que la Comisión, ha buscado impulsar medidas que equiparen las normativas nacionales para de esta manera garantizar un verdadero y eficaz acceso al derecho a la indemnización.

iii. Medidas tomadas por los órganos comunitarios

Como hemos visto en los apartados anteriores, la aplicación privada del Derecho de la competencia presenta diversos obstáculos que la Comisión ha intentado

¹⁸ Al menos así lo predicen las STJUE C-453/99 de 20 de septiembre de 2001, *Courage*; C-295/04 a C-298/04 de 13 de julio de 2006, *Manfredi*; y C-360/09 de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer*

solucionar desde la resolución del célebre caso *Courage* en 2001, impulsando medidas para intentar aproximar las normativas nacionales y garantizar el efectivo ejercicio del derecho a resarcimiento por los perjuicios derivado de una conducta ilícita.

Pero estas medidas no han sido suficientes para garantizar el derecho a resarcimiento, pues si bien, por ejemplo el Reglamento 1/2003 establece ya la competencia de los órganos jurisdiccionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia, no especifica la manera en que se relacionarán las decisiones de los órganos jurisdiccionales y las de las autoridades de competencia.

Por otro lado la Comunicación de 27 de abril de 2004¹⁹ establece unas medidas de cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de aplicar las disposiciones de competencia del tratado, como la asistencia de la comisión a los órganos jurisdiccionales en condición de *amicus curiae*, o la transmisión de información entre las autoridades de la competencia y los órganos jurisdiccionales. Pero esta Comunicación *no es vinculante para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros*. De manera que estas medidas pueden o no ser adoptadas, por lo que no se termina de garantizar de forma realmente efectiva una armonización de las normas reguladoras de la aplicación privada.

Por otra parte tal y como se ha visto (*supra* §4) la Comisión ha impulsado diversas acciones tendentes a armonizar la aplicación privada del Derecho de la competencia, y el efectivo ejercicio de esta para conseguir disuadir de forma más eficaz cualquier tipo de infracción al Derecho de la competencia.

Pero como demuestra el reducido porcentaje de demandas²⁰ que persiguen una

¹⁹ Comunicación de la Comisión 27 de abril de 2004 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE, C-101/04.

²⁰ Resulta complicado saber a ciencia cierta la cantidad de demandas por daños y perjuicios que ha habido en los distintos Estados miembros, esto se debe a la falta de comunicación de los órganos jurisdiccionales internos a la Comisión de la existencia de un procedimiento en curso o finalizado, a pesar de la obligación que subyace del Reglamento 1/2003, la poca información que tiene la Comisión acerca de estos procedimientos podemos encontrarla en: www.ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/. Pero en la mayoría de Estados

indemnización por daños y perjuicios sufridos por una conducta anticompetitiva, esas medidas tomadas por la Comisión no han sido lo suficientemente eficaces a la hora de conseguir su objetivo y continúa siendo necesaria una medida con fuerza vinculante que intervenga sobre los temas que más preocupan a los operadores del mercado.

iv. Evaluación de impacto efectuada por la Comisión previa a la propuesta de la Directiva

Junto con la propuesta de Directiva, la Comisión, en 2013, publicó una evaluación de impacto en la que exponía los principales problemas que presentaban la regulación de las indemnizaciones por daños y perjuicios.

En ella se abordan los principales obstáculos a la aplicación privada, en general, y las demandas por daños y perjuicios en especial, obstáculos que han sido expuestos con anterioridad (*supra* §5.1 y §5.2).

Para solucionar estos obstáculos la Comisión propone una serie de opciones que pueden ser adoptadas, para conseguir un equilibrio entre la aplicación pública y la privada, desincentivar de forma más eficaz posibles infracciones del Derecho de la competencia, y asegurar la obtención de indemnización a los afectados.

Partiendo de la base de una inacción por parte de la Unión (opción 1), la Comisión propone tres medidas estratégicas elegidas de acuerdo a la evaluación llevada a cabo para el Libro Blanco.

La opción 2 impulsa la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados miembros que incluyera medidas sobre: normas relativas a la exhibición proporcional de determinadas categorías de medios de prueba; limitación de responsabilidad para los beneficiarios de un programa de clemencia; vinculación de las decisiones firmes de las ANC; posibilidad de defensa *passing-on* si ha habido repercusión de sobrecostes; facilidad del acceso a pruebas a un

apenas hay información acerca de los procedimientos que ha habido, siendo Holanda el estado que más información ha suministrado a la Comisión acerca de los procedimientos jurisdiccionales internos, mientras estados como España, con ningún procedimiento, o Reino Unido, con uno, apenas han aportado información a la Comisión.

comprador indirecto; y un plazo de prescripción específico; además, incluye un sistema específico de recurso colectivo en materia de infracciones.

La opción 3, por su parte, prioriza por regular la interacción entre la aplicación pública y la privada, limitando el acceso a las pruebas para preservar la efectividad de la aplicación pública.

Esta opción propone restringir la exhibición, no solo de los documentos de un programa de clemencia (como lo hace la opción 2), sino también los de las solicitudes de transacción y los que consten en una investigación que se esté llevando a cabo por la autoridades administrativas.

Pero esta restricción se limita a los documentos ya mencionados, el resto de información, sin embargo, sí podrá ser exhibida en las acciones por daños que se llevaran a cabo.

Por otra parte la tercera opción incluye también una presunción refutable de la existencia de perjuicio en los casos en que la infracción consista en un cártel, siendo los participantes del cártel, es decir la defensa, quien ha de probar que no ha habido perjuicio alguno, ya que es quien mejor posicionado está para demostrarlo. Con esta presunción se pretende facilitar la dificultad probatoria de la existencia de daño, siendo que si la existencia de cártel ya ha sido probada, se presumirá que ese cártel causó perjuicios.

Se prevé además que la carga y el nivel de prueba sobre la cuantificación de los perjuicios no puede hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento.

Por último se prevén distintas medidas referidas a los sistemas consensuales de resolución de conflictos. Sin embargo esta opción no contiene ninguna medida específica respecto a los recursos colectivos, ya que aboga por una perspectiva horizontal de las acciones colectivas en el que se regularían no solo las acciones de daños y perjuicios, sino conjuntamente recursos colectivos de otras materias.

La última opción establece unas medidas no vinculantes a nivel europeo,

ofreciendo una gama de soluciones y buenas prácticas para que los EM las adopten. Se trata de recomendaciones inspiradas en la tercera opción.

Ante estas cuatro opciones, la Comisión valoró cuál era la opción que alcanzaba los objetivos buscados con un buen equilibrio entre costes y beneficios²¹ y además se adaptara a las necesidades de los operadores del mercado.

La opción a elegir debía de cumplir ciertos requisitos: ser una **medida vinculante** para los Estados miembros, pues era la única manera de acabar con las divergencias en las legislaciones nacionales; ofrecer un **enfoque horizontal en materia de recursos colectivos** debido a las similitudes que presentan las acciones colectivas de daños y perjuicios en materia de competencia con las acciones colectivas de otras materias; y tenía que tratarse de un sistema que **equilibrara la aplicación pública y privada del derecho de la competencia**.

Dichos requisitos y objetivos solo se veían alcanzados con la tercera opción, que también ofrecía mejores resultados en cuanto al equilibrio entre costes y beneficios, por lo que es esta opción la que influye a la Directiva 2014/104.

V. Marco jurídico establecido con la Directiva

Tras la publicación de los distintos documentos preparatorios analizados en los apartados anteriores, la Comisión impulsa la adopción de un texto con fuerza vinculante que regule las demandas por daños y perjuicios por infracciones al Derecho de la competencia.

La adopción de un texto legal de estas características viene estando en la agenda de la Comisión desde el mandato de Neelie Kroes como comisaria europea de la competencia, pero debido a los obstáculos ya analizados no ha sido posible su aprobación en el Parlamento.

²¹ Los beneficios tomados en cuenta por la Comisión a la hora de elegir la opción estratégica responden a que se garantice eficazmente: el derecho a resarcimiento; la obtención de un equilibrio entre la aplicación pública y la privada; el acceso y uso eficiente de la justicia; la seguridad de los operadores del mercado; y el crecimiento económico. En cuanto a los costes, la Comisión pretendía que la opción elegida afectara lo menos posible a: la carga administrativa; los errores judiciales; y a los costes económicos, tanto de litigación como los de incorporación a la normativa nacional de la opción elegida.

Ahora, con los principales obstáculos, que impiden su regulación, abordados y los problemas que más preocupaban a los operadores del mercado resueltos, por fin se ha conseguido la aprobación de la Directiva 2014/104 de 26 de noviembre de 2014²², de la cual se procederá a su análisis en los siguientes apartados.

i. Principios y objetivos que ordenan la Directiva

La Directiva recientemente aprobada persigue alcanzar unos objetivos generales y otros más específicos, rigiéndose por unos principios que la inspiran para alcanzar dichos objetivos.

El principal objetivo perseguido por esta Directiva es **garantizar el derecho a obtener un pleno resarcimiento** de los perjudicados por una infracción del Derecho de la competencia.

Pero además se pretende también **incrementar la seguridad jurídica** en las demandas por daños y perjuicios, reduciendo las divergencias en las normativas nacionales para que los procedimientos que rigen estas demandas **se regulen de forma similar en los distintos EM**, y las condiciones de ejercicio del derecho a resarcimiento sean más equitativas.

Se persigue también una convergencia entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la competencia para de esta manera **garantizar un régimen de competencia eficaz y coherente**. De manera que se eliminen definitivamente los obstáculos al ejercicio del derecho de resarcimiento y así impulsar las acciones por daños y perjuicios, para conseguir una mayor eficacia en la disuasión de conductas restrictivas de la competencia, y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

²² Unión Europea. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones de daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea* L349, 5 de diciembre de 2014, pp. 1-19.

Por otro lado, la Directiva se basa en unos principios que inspiran todas las disposiciones en ella contenida, y garantizan la eficiente aplicación de sus preceptos en todo el territorio de la Unión.

En primer lugar, la Directiva viene ordenada por el principio de efecto directo de las disposiciones de competencia en las relaciones entre particulares, de manera que generan derechos y obligaciones que deberán ser respetados y aplicados por los órganos jurisdiccionales.

La Directiva se rige también –y principalmente – por el principio de efectividad y de equivalencia, de acuerdo a los cuales las normas y los procedimientos previstos por las normativas nacionales *no deben hacer imposible o efectivamente difícil el ejercicio del derecho de resarcimientos*; y deben permitir el ejercicio de ese derecho en las mismas condiciones que las acciones nacionales similares, basadas en el derecho nacional.

Para cumplir el objetivo principal de garantizar el derecho de resarcimiento a aquellos afectados, la Directiva regula algunos de los aspectos en los que presentan más problemática las acciones por daños y perjuicios. El análisis exhaustivo de la Directiva supondría una extensión desmesurada de este trabajo, por ello, se analizarán de forma más profunda aquellos aspectos del texto que más problemas han supuesto en su regulación.

ii. Medios de prueba

La exhibición de la información que pueda servir de prueba para demostrar un perjuicio en el ámbito de una acción de resarcimiento es uno de los aspectos que más preocupan a las partes en este tipo de acciones.

Esto es así porque para la parte demandante resulta realmente complejo el acceso a cierto tipo de información que consta en manos de la parte demandada.

Por otra parte muchos de los documentos que se solicite exhibir pueden contener información confidencial que requiera de protección especial.

Pero además la exhibición de aquella información que figura en un expediente de una autoridad de la competencia, presenta una dificultad añadida, sobre todo si se trata de información que ha sido ofrecida voluntariamente por los infractores a cambio de una dispensa o reducción de la multa. Pues la exhibición de este tipo de información posicionaría a los infractores que colaboren con las autoridades de la competencia en una situación de desventaja frente a quienes no lo hagan.

Teniendo en cuenta estos aspectos, la Directiva regula una serie de medidas para proteger los intereses de las partes, y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, sin menoscabar excesivamente la confidencialidad de la información, ni los beneficios y derechos que obtienen aquellos que han colaborado de forma voluntaria con las autoridades administrativas

Así, por ejemplo, para garantizar la confidencialidad de los documentos que vayan a exhibirse, y evitar la búsqueda indiscriminada de información, la directiva establece que la solicitud, por una parte en el proceso, de exhibición de información de la contraparte, deberá estar razonablemente motivada y la información solicitada deberá determinarse de la forma más detallada posible.

Habrà que esperar a la transposición de la Directiva, y a las primeras sentencias que de esta normativa se deriven, para saber cuándo se considera razonable la motivación esgrimida por la parte solicitante de la información, en todo caso los órganos jurisdiccionales deberán limitar dicha exhibición de pruebas en lo que sea proporcional al caso, teniendo en cuenta los intereses de las partes y de todos los interesados, de manera que no se vulneren los derechos ni de los afectados ni de los infractores.²³

Además se prevé la protección, con *medidas eficaces*, de la información confidencial de las partes, cuando las pruebas cuya exhibición se ordene contengan este tipo de información. Con esta disposición la Directiva pretende

²³ ALONSO SOTO, R. “Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por la realización de prácticas anticompetitivas en la Unión Europea”. *Análisis Gómez-Acebo & Pombo* (2015), Madrid.

asegurar a las partes la confidencialidad de la información que se divulgue en los procedimientos haciendo recaer sobre los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de proteger dicha información.

Por otro lado se establece en el artículo 9 la eficacia probatoria de las decisiones firmes de las autoridades nacionales de la competencia. Esa eficacia variará dependiendo si se trata de una autoridad de la competencia del estado en el que se está litigando por daños y perjuicio, en cuyo caso tendrá eficacia irrefutable; o si se trata de una autoridad de otro estado, en el cual se aceptará como principio de prueba de la existencia de una infracción.

Con este precepto se robustece el carácter vinculante de las autoridades de la competencia, no solo las del estado en el que se lleve a cabo el procedimiento en cuestión, sino también de autoridades de la competencia de otros Estados miembros, aunque la vinculación a la declaración de estas es menor.

Se permite, también, la exhibición de pruebas que consten en el expediente de una autoridad de la competencia, aunque con algunas especialidades.

En caso de que se trate de información preparada específicamente para un procedimiento administrativo; haya sido preparada por personas físicas o jurídicas, o por una autoridad de la competencia; o se trate de las solicitudes de transacción que hayan sido retiradas, su exhibición solo podrá ordenarse con el procedimiento ya finalizado; mientras que cuando el procedimiento esté en trámite, esa información no podrá ser objeto de divulgación en un procedimiento privado. Tampoco podrán divulgarse las declaraciones obtenidas en el marco de un programa de clemencia. De esta forma se pretende garantizar la eficacia de la aplicación pública, que continúa siendo prioritaria en el sistema comunitario, a pesar del impulso que se está dando a la aplicación privada.

En cualquier caso se prevé la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales, a instancia de parte, puedan acceder a dichas pruebas para asegurarse que se trate de documentaciones o declaraciones hechas voluntariamente por un infractor a una

autoridad de la competencia, en las que se reconozca la infracción, y se haya elaborado específicamente para presentarla a una autoridad de la competencia con el objetivo de obtener una reducción o dispensa del pago de la multa (programa de clemencia), o que se le aplique un procedimiento simplificado o acelerado (solicitud de transacción). Por lo tanto la limitación del acceso a este tipo de información no es absoluta, pues esta información es vital para conocer la existencia de infracción, y la presunción de daño, si la infracción consistiera en la participación en un cártel.

El artículo 7 regula el régimen de aquellas pruebas que consten en manos de una persona física o jurídica, que hayan sido obtenidas a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, restringiendo su exhibición si se trata de pruebas incluidas en un procedimiento no concluido, o declaraciones en el marco de un programa de clemencia o solicitudes de transacción.

Se prohíbe también el tráfico comercial de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, de manera que estas solo podrán ser utilizadas por las personas que hayan tenido acceso a ella, o por los sucesores de sus derechos.

Con este precepto la Directiva pretende garantizar la no exhibición de estas declaraciones, evitando su divulgación incluso si se trata de pruebas aportadas directamente por una de las partes, y no solicitudes de exhibición hechas durante el procedimiento.

Por último, la Directiva prevé sanciones para quienes destruyan pruebas, incumplan o nieguen un requerimiento de exhibición de pruebas, incumplan la obligación de protección de la información confidencial, o incumpla los límites sobre los usos de pruebas.

La Directiva no establece el tipo de sanciones pero defiende que han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, y afirma que incluirán la posibilidad de

extraer conclusiones adversas a los intereses de aquellos que incurran en dichas situaciones.

iii. Legitimados para instar una indemnización por daños y perjuicios

En cuanto a los legitimados para instar una acción por daños y perjuicios, la Directiva determina que tendrán derecho a indemnización todos aquellos que hayan sufrido un perjuicio debido a una conducta infractora del Derecho de la competencia, siendo indiferente si esa afectación deviene de una relación directa o indirecta con el infractor.

De manera que se afirma el derecho a obtener el resarcimiento de los daños sufridos no solo de aquellos que hayan comprado directamente al infractor soportando un sobrecoste; sino también de los compradores de productos de los compradores directos del infractor, que han visto aumentado el precio de los productos o servicios por la repercusión que los compradores directos han efectuado.

a. Compradores directos

De acuerdo a la definición hecha en el numeral 23 del artículo 2 de la Directiva, los compradores directos son aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren directamente del infractor productos o servicios que fueron objeto de la infracción.

Se incluye también en la definición a los proveedores de los infractores que pueden de la misma manera verse afectados por una conducta restrictiva de la competencia. Por ejemplo en un cartel en el que se fijan precios, los compradores directos serían quienes soportaran directamente el aumento artificial del precio del producto adquirido, pero también aquellos proveedores que soportan una disminución artificial del precio.

Ante esta situación hay que tener en cuenta el efecto *pass-on*, que supone que los compradores directos traspasen el sobreprecio sufrido a sus propios compradores, de manera que no lleguen a soportar realmente un perjuicio o el perjuicio soportado es menor, dependiendo de si la repercusión del sobreprecio es total o parcial²⁴.

La Directiva establece en el artículo 3.3 de forma expresa que el pleno resarcimiento nunca llevara a una sobrecompensación, de esta manera se pretende evitar cualquier similitud al sistema del *treble damage*, aplicable en Estados Unidos. Así, si los sobrecostes fueron repercutidos, el comprador directo solo será indemnizado por los costes que realmente haya soportado.

En todo caso, de acuerdo a la Directiva, los compradores directos tendrán derecho a obtener una indemnización por la pérdida de beneficios -lucro cesante- ocasionada por una repercusión total o parcial del sobrecoste, aunque el texto no detalla la cuantificación de dicha indemnización.

b. Compradores indirectos. Repercusión de sobrecostes y defensa passing-on

Por compradores indirectos se entenderán, de acuerdo al artículo 2.24) de la Directiva, a aquellas personas físicas o jurídicas que hayan adquirido productos o servicios objeto de una infracción, de compradores directos del infractor.

La definición de comprador indirecto incluye también a aquellos compradores de los compradores indirectos; y aquellos productos o servicios que contengan o se deriven de productos o servicios objetos de una infracción. Se trata de una definición amplia que pretende asegurar el derecho a resarcimiento de todas aquellas personas físicas o jurídicas que se hayan visto, de cualquier manera, afectadas por una infracción.

Pero el ejercicio del derecho a resarcimiento de este tipo de afectados viene

²⁴ TREVISAN, P, “Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia”, *JA IV* n°4 (2013), Buenos Aires.

marcado por la dificultad de la prueba de la repercusión de sobrecostes, y por la posibilidad de existencia de una sobrecompensación²⁵.

Los compradores indirectos tendrán pues derecho a obtener una indemnización por el sobrecoste sufrido, siempre y cuando demuestren que ha habido tal repercusión de sobrecostes y la cuantía del sobrecoste sufrido.

Para facilitar el ejercicio de su derecho, la repercusión de sobrecoste quedará acreditada si el comprador indirecto demuestra que el demandado ha infringido el Derecho de la competencia, que esa infracción ha supuesto un sobrecoste para el comprador directo del cual el demandante (comprador indirecto) ha adquirido productos o servicios objeto de la infracción o derivados de ellos. En todo caso se trata de una presunción *iuris tantum* que podrá ser rebatida por el infractor.

La Directiva permite también la defensa *passing-on*, es decir que ante una demanda por daños y perjuicios, el demandado alegue que ha habido repercusión de sobrecostes total o parcial para disminuir la cuantía a indemnizar, pero, quien alegara la defensa *passing-on* deberá demostrar la existencia real de dicha repercusión.

Estas medidas expuestas se prevén con el fin de evitar cualquier posible sobrecompensación, por ello además, el artículo 12.2 de la Directiva, establece que en cada de nivel de la cadena de suministro se repararán los sobrecostes sufridos en ese nivel, o dicho de otra forma, que ningún afectado se verá sobrecompensado. Solo se compensarán pues los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Aunque puede resultar difícil establecer el límite de los beneficios efectivamente perdidos y la sobrecompensación, sobre todo teniendo en cuenta la dificultad que presenta la cuantificación de los daños sufridos.

De esta manera se asegura que todos los afectados obtengan una indemnización por al daño emergente sufrido, sin que el infractor deba abonar una

²⁵ WILS, W. "Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe", *World Competition*, Vol. 26, Cap.3 (2003), pp. 473-488.

sobrecompensación debido a la existencia de diversos afectados situados en distintos niveles de la cadena de distribución²⁶.

iv. El daño indemnizable

La Directiva fija la presunción de existencia de daños y perjuicios cuando se trate de cárteles empresariales.

La definición del daño que deba resarcirse la encontramos en el Considerando 12 de la Directiva, según el cual un perjudicado podrá demandar el resarcimiento del **daño emergente**, el **lucro cesante** y los **intereses**.

En lo referido a los intereses, la Directiva establece que han de pagarse desde el momento en que ocurrió el daño hasta el momento en que se abone la indemnización, pero deja en manos de las normativas nacionales la calificación de ellos y su forma de pago.

Por lo que se refiere al daño emergente y el lucro cesante se trata del sobrecoste soportado por el comprador directo o indirecto, es decir la **disminución del patrimonio**; y las **pérdidas de los beneficios** que los compradores hubieran podido obtener por las ventas que hubieran realizado si vendían al nivel del precio competitivo²⁷.

Esto implica que la reparación debe devolver a las partes perjudicadas **a la situación en la que habrían estado si no hubiera habido infracción**²⁸, lo que supone que se han de cuantificar los perjuicios sufridos de acuerdo a su valor real. Pero la cuantificación de esos perjuicios supone una labor compleja, ya que trae consigo la necesidad de determinar la situación hipotética en la que se encontraría la parte perjudicada si no hubiera existido la infracción.

²⁶ GERANDIN, D; GRELIER, L.A. “Cartel damages claims in the European Union: Have we only seen the tip of the iceberg” *Análisis para Covington & Burling LLP* (2013)

²⁷ TREVISAN, P, “Indemnización de daños y perjuicios”, [op cit].

²⁸ GÓMEZ ASENSIO, C. “El estudio de la Comisión europea de Diciembre de 2009 para la cuantificación de los daños antitrust”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A, [et al]. (2011). *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, pp. 229-142.

Es por esta complejidad por lo que la cuantificación de daños es uno de los aspectos de las acciones de daños y perjuicios que más problemática presenta, pero que ha quedado fuera de la regulación hecha por la Directiva, que se limita a precisar que los requisitos de prueba de la cuantificación deben respetar el principio de efectividad y de equivalencia, y permite a los órganos judiciales estimar la cantidad de esos daños y perjuicios si fuera *prácticamente imposible o excesivamente difícil* cuantificarlos.

La Directiva también posibilita que las autoridades nacionales de la competencia asesoren a los órganos judiciales a la hora de cuantificar los daños y perjuicios. Pero en el texto legal nada se dice respecto a la cuantificación del daño.

a. Cuantificación del daño indemnizable

Como se ha dicho, la Directiva 2014/104 no contiene disposiciones sobre la forma en la que la cuantificación de los perjuicios ha de hacerse, ni métodos vinculantes para cuantificar los daños y perjuicios. Esta falta de regularización puede provocar que haya una nueva divergencia en las regulaciones de los distintos EM, y con ello un nuevo obstáculo a la eficacia del derecho de resarcimiento.

Por ello, la Comisión publicó en 2013 una Comunicación²⁹ y una Guía Práctica³⁰ para cuantificar dichos daños y perjuicios.

La Guía sirve únicamente de orientación para los órganos jurisdiccionales y las partes a la hora de cuantificar los daños y perjuicios, pero en ningún caso es vinculante.

Encontramos en ella métodos comparativos o no comparativos, que pretenden conocer la situación en la que hubiera estado parte afectada si no hubiera existido

²⁹ Unión Europea. Comunicación oficial de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimientos de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea* C167 de 13 de junio de 2013, pp. 19-21.

³⁰ Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Bruselas, 2013.

la infracción, y de esa manera conocer el daño emergente y el lucro cesante ocasionados por la infracción.

Los métodos comparativos son aquellos que comparan el momento o mercado en el que se produjo la infracción, con un momento o mercado en el que tal infracción no existió. El momento de comparación puede ser posterior o anterior a la infracción; y en lo que se refiere al mercado de comparación puede tratarse de un mercado geográfico o de productos, pero debe ser similar y comparable al mercado en el que se produjo la infracción.

Por su parte los métodos no comparativos se basan en una simulación de cómo habría sido la situación de los afectados de no haberse producido la infracción. Esa simulación se hace utilizando modelos económicos adaptados al mercado real.

Para conseguir estimar el escenario sin infracción, este tipo de métodos utilizan métodos económicos del comportamiento del mercado (método de simulación); recurren a los costes de producción del producto afectado y un margen de beneficios razonable en el escenario sin infracción (método de costes de producción); o se basan en los resultados financieros de las partes para estimar si ha habido o no perjuicio.

La aplicación de cada uno de estos métodos dependerá de los datos que se tengan del asunto en concreto, además de la facilidad probatoria los costes y el tiempo que exige la utilización de uno u otro. En todo caso dependerá de circunstancias específicas de cada caso concreto, y de la normativa nacional aplicable.

La Guía eso sí establece que en caso de resultados contradictorios por la utilización de más de uno de estos métodos de cuantificación, no se debería eliminar dichos resultados o sacar la media de ellos, sino que será conveniente examinar la divergencia y analizar las ventajas e inconvenientes de los métodos y su aplicación para el asunto en cuestión.

Como ya se ha mencionado, la utilización de estos métodos por los órganos judiciales o las partes es potestativa, y la Guía deja abierta la puerta a la utilización de cualquier otro método que pueda ser útil para la cuantificación de los perjuicios sufridos por una ilicitud anticompetitiva, siempre y cuando cumpla con los principios de efectividad y equivalencia.

v. Otros aspectos

Los ya vistos son algunos de los aspectos que más dificultaban la efectividad del derecho a resarcimiento constatado desde la sentencia *Courage*, pero la Directiva además regula otros aspectos de las demandas por daños y perjuicios, como el cómputo de los plazos de prescripción de las acciones, la resolución extrajudicial de controversias, y la responsabilidad solidaria y conjunta.

Respecto a esta última regulación, situada en el artículo 11 de la Directiva, cabe destacar la limitación de responsabilidad que prevé la Directiva cuando el co-infractor sea una PYME o un beneficiario de dispensa en el marco de un programa de clemencia.

En ambos casos, la responsabilidad será solo ante sus propios compradores o proveedores, directos o indirectos, introduciendo el artículo 11 unos requisitos para que la limitación opere si se trata de una PYME, ya que la PYME no debe haber sido declarada culpable una ilicitud anticompetitiva con anterioridad, y además no haya sido instigadora de la infracción, es decir no haya *dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la ilicitud*.

Si se trata de un beneficiario de clemencia, el límite de responsabilidad no operara si los demás afectados no hubieran podido obtener el pleno resarcimiento del resto de co-infractores (*vid infra* §8).

Por lo que se refiere a la regulación de los plazos de prescripción (art. 10), se limita a determinar los límites que debe cumplir la normativa nacional a la hora de

regular los plazos de prescripción, estableciendo que los plazos de prescripción serán como mínimo de 5 años y que el cómputo no se iniciara hasta que la infracción no haya cesado y el demandante no tenga conocimiento de la existencia de una conducta ilícita que le haya causado un perjuicio, y la identidad del infractor, se requieren pues dos requisitos para iniciar el cómputo.

Se prevé también la suspensión del plazo de prescripción si se inicia un procedimiento o investigación administrativa referido a la infracción, o si se inicia un procedimiento de solución extrajudicial de controversias.

Como se ha visto la Directiva regula algunos de los temas más problemáticos de las demandas por daños y perjuicios, pero también deja fuera de su regulación temas muy peliagudos como la regulación de las demandas colectivas (*infra* §7), por ello su aprobación estuvo rodeada de un intenso debate que viene de lejos (*supra* §4.5).

El principal problema que presenta la Directiva es que no contiene disposiciones que regulen el acceso al recurso colectivo, ya que la Comisión prefiere un enfoque horizontal antes que un enfoque sectorial será analizado en el apartado siguiente.

Llama la atención también el hecho de que la Directiva no regule la duración de los procedimientos de acción de indemnización, pues es uno de los temas que más preocupan a la doctrina pues unos procedimientos dilatados pueden producir un efecto disuasorio de la interposición de demandas de daños y perjuicios sobre todo en aquellos afectados cuyo perjuicio no es de suficiente entidad como para soportar un procedimiento que en muchas ocasiones se dilatará de forma desproporcionada, debido a las dificultades que este tipo de procedimientos lleva consigo –como la de cuantificar el daño, o establecer una relación causal entre el daño y la infracción– y esa duración extendida del procedimiento, puede afectar sobre manera a los costes que de él se devenguen.

Aunque puede considerarse lógico que la Directiva no lo regule, pues la duración de los procedimientos habitualmente depende de las normas procesales internas, y en todo caso a la complejidad del supuesto, por lo que dependerá de cada caso.

VI. Demandas Colectivas

La regulación de las demandas colectivas en materia de infracciones a la normativa antitrust ha sido otro de los temas que ha querido abordar la Comisión en el marco del objetivo por impulsar la aplicación privada del *antitrust law*.

Ante las posibilidades que se presentaban para la regulación de las demandas colectivas por infracciones al derecho de la competencia, la Comisión, como hemos visto en el apartado anterior, ha preferido darle un enfoque horizontal, de manera que las dejó fuera de la regulación de las demandas por daños y perjuicios realizada en la Directiva 2014/104, para regularlas de forma conjunta con el resto de acciones colectivas por una violación del Derecho de la Unión, en un texto que no es de obligado cumplimiento para los EM.

i. Acciones colectivas y demandas por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia

El actual impulso que se está dando a la aplicación privada del Derecho de la competencia, lleva a que se fomenten también las acciones colectivas por infracciones a este derecho.

Cabe entender que una infracción del Derecho de la competencia tiene la capacidad de afectar hasta el último nivel de la cadena de suministro, los consumidores, y que el perjuicio de muchos de esos afectados es demasiado pequeño, como para que aceptaran los riesgos que conlleva una reclamación individual de daños y perjuicios, pero es lo suficientemente grande en general, como grupo. Por lo que el recurso a una acción colectiva podría garantizar de forma más efectiva el derecho a resarcimiento de todos los afectados por una infracción del derecho a la competencia, disminuyendo los costes de la acción para cada uno de ellos en individual³¹.

³¹ LESKINEN, CH, “Reparaciones de daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia: la conveniencia de las acciones colectivas opt-out en casos que implican numerosas demandas individuales de poco valor”. En VELASCO SAN PEDRO, L.A, [et al]. (2011). *La*

Además estas acciones colectivas aumentan el efecto disuasorio de la comisión de una infracción, ya que se amplían las posibilidades de resarcimiento de las víctimas y la cantidad de afectados que verán resarcidos sus daños, incrementando la obligación de indemnización para los posibles infractores.

El ejercicio de las acciones colectivas puede hacerse de distinta forma: puede tratarse de acciones de representación, que son acciones interpuestas por organizaciones representativas, como asociaciones de usuarios, que defienden los intereses de sus miembros; o tratarse de acciones interpuestas por un particular en nombre de un grupo de particulares, estas acciones pueden ser:³²

- *opt-in*, que cada demandante se incluya expresamente en la demanda, por lo que se requieren medidas activas por los afectados para que los alcancen los efectos de la sentencia;
- o pueden ser también *opt-out*, que incluyen a todos los miembros del grupo de afectados, exceptuando a aquellos que voluntariamente se hayan excluido de los efectos de la sentencia.

En los Estados miembros, las pocas acciones colectivas que ha habido, han sido acciones de representación instadas en su mayoría por las asociaciones de consumidores, que son, generalmente, las que más acciones colectivas presentan en Europa.

El problema es que estas asociaciones en muchas ocasiones están condicionadas por distintos factores que las obstaculizan para instar este tipo de demandas, entre esos factores, el más importante es la limitación de recursos económicos.

Por ello es importante, para impulsar esas acciones colectivas, que se establezcan medidas para eliminar los obstáculos que disuaden a los afectados para instarlas, y garantizar de mejor manera el ejercicio al derecho a resarcimiento.

aplicación privada del Derecho de la competencia, Lex Nova, Valladolid, pp. 285-301

³² LESKINEN, CH, “Reparaciones de daños y perjuicios”, [op cit].

ii. Finalidad de la regularización por separado de las acciones colectivas

El recurso colectivo no es un tema singular de las infracciones del Derecho de la competencia, sino que suele darse también en las infracciones de otras ramas del Derecho de la Unión, que perjudican de forma masiva a los operadores de mercado, en especial a empresas y consumidores.

Por esta razón la Comisión en 2010 incluyó en su Programa de trabajo, la adopción de medidas que reforzaran el recurso colectivo sin menoscabar la tradición jurídica de los Estados miembros³³.

Las similitudes que presentan las acciones colectivas en ámbitos como el Derecho de la competencia, la protección del medioambiente o la protección de los consumidores, además de otro muchos ámbitos, justifica una actuación en conjunto sobre el recurso colectivo en lugar de una regulación específica en cada ámbito por separado, este es el llamado *enfoque horizontal* al que la Comisión alude para defender que las demandas colectivas no se regulen de forma específica en la Directiva recientemente aprobada.

El enfoque horizontal está fundamentado en la base de unos principios comunes que pretenden impulsar el recurso colectivo para garantizar de esa forma el derecho a indemnización.³⁴

Entre esos principios comunes encontramos: el derecho a una compensación efectiva; la disminución de costes de procedimiento para los afectados por una infracción al derecho de la Unión; una prevención efectiva de la posibilidad de litigiosidad abusiva; y las posibilidades de financiación externa para poder asegurar el acceso a la justicia.

³³ ALMUNIA, J, “Normas Comunes sobre el Recurso Colectivo”, [op cit].

³⁴ OTERO CRESPO, M, “Las acciones Colectivas en Europa: ¿un paso adelante?: Las líneas generales propuestas en la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE)”, *Boletín Centro de Estudios y Documentación Europeos de la Universidad de Santiago de Compostela (CeDe USC)* (2013).

El instrumento utilizado para el desarrollo de estos principios ha sido una Recomendación³⁵, por lo tanto un texto no vinculante, en el que se marcan unas bases que deben respetar las normativas nacionales para regular las acciones colectivas.

Los principios de la Recomendación han de adaptarse por los EM en un plazo de dos años, y se prevé que en el plazo de cuatro años la Comisión evaluará su aplicación práctica para conocer si se han cumplido los objetivos buscados o si es necesario *proponer nuevas medidas que consoliden el enfoque horizontal adoptado en la Recomendación* (apartado 41 Recomendación 2013/396).

iii. Mecanismos recomendados por la Comisión en la Recomendación 2013/396/UE

Para conseguir los objetivos buscados por la Recomendación, es decir impulsar las acciones colectivas, evitando la litigiosidad abusiva; y la reducción de costes de procedimiento –principalmente– la Recomendación pivota sobre dos tipos de acciones: las acciones de cesación y de indemnización, abordando los aspectos comunes y específicos de cada una de ellas, además del derecho de información acerca de las acciones colectivas.

En primer lugar cabe matizar que este tipo de acciones solo podrán ser instadas en casos de producción de un daño masivo, es decir cuando más de una persona haya sufrido un perjuicio causado por una infracción de más de una empresa o persona física a las disposiciones de la Unión Europea. Por lo tanto solo cuando se trate de los daños producidos por cárteles en el tema que nos ocupa.

En relación a los aspectos comunes de ambas acciones, la Recomendación prevé:

³⁵ Unión Europea. Recomendación 2013/396 de la Comisión de 11 de Junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de julio de 2013, L201, pp. 60-65.

- La capacidad que han de cumplir las asociaciones, entidades representante, para poder instar una acción colectiva: no deben tener ánimo de lucro, que exista una relación entre los objetivos de la entidad y la acción interpuesta; y que tengan los suficientes recursos económicos, humanos y jurídicos para poder asumir la acción colectiva. Estos requisitos son de tal importancia que si la entidad llegara a perder uno de ellos, perderá también su condición de representante;
- La posibilidad de que autoridades públicas presenten acciones colectivas;
- La financiación por terceros ajenos al litigio, de esta manera se pretende garantizar el acceso a la justicia, aunque esa financiación debe ajustarse a unas condiciones. Para evitar abusos por parte del financiador se prevén unas medidas de salvaguarda;
- Además se establecen una causas de suspensión y unas prohibiciones para evitar que el tercero financiador pueda influir en las decisiones del demandante;
- Se prevén también medidas de acumulación de demandas en un tribunal de un solo EM, en aquellos casos en los que se afecta a más de un territorio;
- Se determina obligación de dar publicidad a la información sobre los perjuicios causados por la infracción, así como la intención de presentar una demanda colectiva, y la creación de registros de acceso gratuito que informen sobre las acciones colectivas que se estén llevando a cabo, de forma completa, objetiva y coherente.

La Recomendación prevé límites a los honorarios de los representantes legales, y la prohibición de indemnizaciones punitivas, es decir que sobrepasen el perjuicio realmente sufrida por los afectados, con estas medidas se pretende evitar la litigiosidad abusiva propia del sistema americano de indemnización, y a la que se oponen firmemente los operadores del mercado.

Esta regulación –o enfoque- horizontal- que hace la Comisión sobre los recursos

colectivos, presenta la ventaja de que aborda los problemas comunes de todos los sectores en los que puede haber una afectación masiva, dando unas soluciones equilibradas a los mecanismos de recurso colectivo de los EM para fomentarlos, y garantizar de mejor forma el derecho al pleno resarcimiento disuadiendo de manera más efectiva las conductas infractoras del derecho de la Unión³⁶.

Pero las demandas colectivas por infracciones al derecho de la competencia están revestidas de una dificultad añadida debida en parte la dificultad de prueba de la existencia del daño, sobre todo si la demanda se basa en la existencia de repercusión de sobrecostes –algo habitual en perjuicios a consumidores–; la necesaria interacción y coherencia entre la aplicación privada y pública de estos derechos especialmente en lo referido a los programas de clemencia y asuntos de transacción y la posibilidad de que los beneficiarios de una dispensa o reducción de la multa sean demandados por un recurso colectivo; la prohibición de sobrecompensación, y la dificultad de cuantificación de perjuicios.

Por ello es necesario que las normas referidas a los recursos colectivos se adecuen a las especialidades de las acciones por infracciones del derecho de la competencia, para que la regulación de esta sea más coherente y se garantice realmente el derecho a resarcimiento a aquellos que son los que sin duda se verán afectados por una infracción, los consumidores, pues son quienes soportan el sobrecoste realmente ya que generalmente suele haber una repercusión desde las empresas infractoras, hasta el final de la cadena de distribución.³⁷

En todo caso habrá que esperar para saber si los EM adoptan estas medidas, para saber qué tan eficaces son y si efectivamente garantizan el derecho a resarcimiento de los afectados más débiles: los consumidores. En este punto cabe advertir que en algunas de las legislaciones nacionales se ha iniciado ya la adopción de estas medidas y no tardará mucho en iniciarse las primeras acciones colectivas.³⁸

³⁶ OTERO CRESPO, M, “Las acciones Colectivas en Europa”, [op cit].

³⁷ LESKINEN, CH, “Reparaciones de daños y perjuicios”, [op cit].

³⁸ Un ejemplo es Bélgica donde la Ley 3.28.2014/25 que impulsa las acciones colectivas

VII. Política de Clemencia y la Convergencia con las indemnizaciones por daños y perjuicios

Los programas de clemencia se introdujeron en Europa en 1996 inspirándose en la ley americana del derecho de la competencia, y desde sus inicios ha ido evolucionando gradualmente tanto en su aplicación por la Comisión como por las autoridades nacionales de la competencia que han adoptados sus propios programas de clemencia³⁹.

Se trata de estrategias administrativas que dan un trato favorable a aquellos participantes en una conducta anticompetitiva que colaboren con las autoridades de la competencia ayudándolas a descubrir la existencia de un acuerdo restrictivo, o aportando información relevante para la investigación de la infracción.

Ese trato favorable puede consistir en una reducción en la cuantía de la multa, o una inmunidad en el procedimiento sancionador, tanto para las empresas como para sus directivos.

De manera que los programas de clemencia forman parte de la llamada aplicación pública del derecho de la competencia, y han sido uno de los más exitosos instrumentos para la lucha contra los cárteles⁴⁰.

Esa política de clemencia puede verse afectada por el actual impulso que se está dando a las acciones por daños, para fomentar la aplicación privada del derecho de la competencia, ya que si bien quienes cooperen con las autoridades de la competencia obtienen una dispensa o reducción de la multa, el beneficio de clemencia no garantiza aquellos que se hayan acogida a ella, que no puedan ser demandados por un particular en defensa de sus derechos a obtener indemnización.

entró en vigor a principios de septiembre de 2014.

³⁹ CAUFFMAN, C, “The interaction of leniency programmes and actions for damages”. *The Competition Law Review*, vol. 7, issue 2, (2011), pp. 181-220.

⁴⁰ PEREZ FERNÁNDEZ, P, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”. *InDret n°1* (2013), Barcelona.

Esta situación podría desalentar a potenciales demandantes de clemencia a colaborar con la administración.

Esa disuasión se produciría por la evidente desventaja en la que se encontrarían los beneficiarios de un programa de clemencia —en una acción de daños— frente a los coinfractores que no han colaborado con las autoridades públicas. Ya que los demandantes de clemencia se ven obligados a entregar a las autoridades de competencia información que podría comprometerlos frente a una demanda de daños y perjuicios si dicha información llegara a divulgarse en el procedimiento.

Para evitar esta situación es necesario establecer medidas que protejan la información dada de manera voluntaria en el marco de una solicitud de clemencia, pero sin vulnerar el derecho a obtener pleno resarcimiento por las infracciones al Derecho de la competencia. Esto se puede hacer en dos fases: limitando la documentación e información que pueda exhibirse en una reclamación de daños y perjuicios; y reduciendo la cuantía que un beneficiario de dispensa deba pagar en razón de indemnización por la infracción.⁴¹

Respecto a la exhibición de los documentos aportados por una empresa en el marco de una solicitud de clemencia, cabe destacar las desventajas que puede ocasionar una hipotética exhibición para el infractor que colaboró con la autoridad de la competencia, ya que la información que facilite en el marco del programa de clemencia podría ser utilizada en su contra en una probable acción de indemnización.

Acerca de esto se preguntó al Tribunal de Justicia en el caso *Pfleiderer*⁴² mediante una cuestión prejudicial en la que se le interrogaba sobre si se podía considerar que se vulneraba la las disposiciones sobre el derecho de la competencia de la Unión por el hecho de decretar la exhibición de información confidencial ofrecida en las solicitudes de clemencia en los procedimientos de acciones de daños y perjuicios derivados de infracciones al derecho de la competencia.

⁴¹ CAUFFMAN, C, “The interaction of leniency programs”, [op cit].

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2011, caso C-369/09, asunto *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*

Ante esta cuestión el TJUE respondió que a falta de normativa europea serían los órganos jurisdiccionales quienes decidieran sobre el acceso a la documentación de un programa de clemencia, de acuerdo a la normativa nacional, y en todo caso ponderando los intereses que justifiquen el acceso y a dicha información, y los que justifiquen su protección, y teniendo en cuenta los principios de equivalencia y efectividad a la hora de ejercer del derecho a obtener resarcimiento por los afectados.

Por otro lado cabe tener en cuenta una reclamación de daños y perjuicios puede provocar que un beneficiario de clemencia tenga que indemnizar a los perjudicados por el cártel en el que participó, esto puede disuadir a las empresas de acogerse a los programas de clemencia, ya que a pesar de las dispensa o reducción de la multa en el procedimiento administrativo, podrían tener que responder por unos daños y perjuicios de elevada cuantía.

Por ello es necesario garantizar medidas de limitación de la responsabilidad civil de los beneficiarios de clemencia, eso sí sin menoscabar el derecho de resarcimiento de los afectados⁴³.

Las medidas tomadas por la Comisión en la Directiva 2014/104 pretenden encontrar ese punto de conexión entre la aplicación de las políticas de clemencia, y el derecho a resarcimiento.

Así en lo que se refiere a la exhibición de pruebas, el artículo 6.6 establece la prohibición de exhibición de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia. Entendiendo como *declaraciones en el marco de un programa de clemencia*, toda declaración verbal o escrita realizada voluntariamente, y que haya sido elaborada de forma específica para presentarla a la autoridad de la competencia con el objetivo de beneficiarse de la dispensa o reducción de la multa.

⁴³ PEREZ FERNÁNDEZ, P, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas”, [op cit]

Por otro lado en la cuestión de responsabilidad conjunta y solidaria, el artículo 11.4 dispone que los beneficiarios de la reducción o dispensa solo serán responsables ante sus compradores, directos o indirectos, o ante otras partes perjudicadas, si estas no han podido obtener el resarcimiento de los otros coinfractores.

Es decir los beneficiarios de clemencia solo serán responsables si a los afectados por la infracción les resulta difícil la obtención de indemnización por parte de los infractores que no se han acogido a una solicitud de clemencia.

Solución que puede no llegar a garantizar esa dispensa de responsabilidad, ya que la obtención de resarcimiento por parte del resto de infractores podría complicarse debido a la dificultad probatoria de la participación en la ilicitud de aquellos infractores que no se han acogido a la solicitud de clemencia, y por lo tanto no se han visto obligados a divulgar información.

Esta es la forma en la que la Comisión regula la convergencia entre las demandas por daños y perjuicios y la política de clemencia, que tanto ha ayudado al éxito de la aplicación pública. Plasmando, así, una efectiva labor de ambas vertientes – *enforcement*– del Derecho de la competencia.

VIII. Breve comparación con otros sistemas jurídicos

Con la problemática que presenta la aplicación privada del derecho comunitario de la competencia ya analizada, y la regulación que recientemente ha realizado la Comisión, estudiada, se procede ahora a comparar la regulación efectuada en la Directiva 2014/104 con otros sistemas jurídicos, para conocer cómo se regulaba la aplicación privada en distintos estados de la Unión.

Esta comparación es importante para conocer las influencias que ha tenido la Unión a la hora de regular las demandas por daños y perjuicios por infracciones al derecho de la competencia.

Para realizar dicha comparación, se tomará como referencia los algunos de los

principales problemas que presentan las demandas por daños y perjuicios analizando cómo se regulaba en algunos países de la Unión.

i. Acciones colectivas

En primer lugar cabe destacar que una de las preocupaciones más repetidas en las distintas legislaciones internas consultadas son las demandas colectivas de daños y perjuicios⁴⁴. Esto se debe en parte al impulso que desde la Comisión se ha dado en los últimos años a este tipo de acciones con los instrumentos anteriores a la Directiva, que pretendían armonizar la regulación de las demandas por daños y perjuicios en los Estados miembros.

Resulta interesante el hecho de que en la mayoría de legislaciones esas acciones colectivas se permiten solo a los grupos de consumidores, de manera que las PYMEs que se vean afectadas por una infracción, pero cuyo perjuicio no sea de suficiente entidad como para excusar una demanda individual, no podrán instar una acción colectiva.

Además, en algunos casos, como en la legislación belga⁴⁵, se restringen las demandas colectivas a las asociaciones de consumidores y usuarios que cumplan con unos requisitos establecidos por ley.

Esta regulación hecha por la reciente legislación belga recoge ya la regulación hecha por la Recomendación 2013/396 de demandas colectivas hecha por la Comisión, permitiendo a las asociaciones de consumidores presentar una demanda colectiva, y a los grupos de consumidores afectados por la misma infracción instar una acción de indemnización mediante un representante del grupo.⁴⁶

Esta normativa belga regula de forma limitada las organizaciones que podrán actuar como representantes de grupo, además también se regulan en la normativa

⁴⁴ Esto es así en la legislación Italiana aprobada en 2009, en la muy reciente legislación belga, aprobada en 2014,

⁴⁵ Ley 3.28.2014/25, de 28 de marzo de 2014, Moniteur Belge n° 128 de 29 de abril de 2014, p. 35211

⁴⁶ SUDEROW, J. “En septiembre de 2014 entra en vigor una ley belga que pretende impulsar las acciones colectivas”. *Osservatorio Permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza* (2014)

belga las acciones por las cuales se pueden interponer acciones colectivas, de forma que no se podrán interponer demandas colectivas por cualquier acción, ya que no se trata de una acción colectiva general.

En la legislación italiana⁴⁷ sin embargo, la regulación de las demandas colectivas tuvo lugar en 2009, y se hace de forma similar a la Recomendación 2013/396, es decir con un instrumento horizontal que regula todo tipo de demandas colectivas, no solo las demandas por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, adelantándose de esta forma a la línea que seguiría la Comisión en su regulación de las acciones colectivas.

En España de acuerdo a lo establecido por el artículo 11 LEC, es posible presentar recursos colectivos, diferenciándolas en dos tipos⁴⁸:

- Si se trata de un grupo de consumidores o usuarios perfectamente determinados o determinables, por lo tanto se trata de acciones opt-in, podrán ser representados por asociaciones de usuarios o entidades legalmente constituidas;
- Si son una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada, solo podrán verse representados por las Asociaciones de consumidores y usuarios.

De acuerdo al artículo 74 LEC, es posible acumular las acciones, de forma que un mismo sujeto pueda entablar una acción contra varios, o viceversa, siempre que haya una relación por el título o causa de pedir.

Esta última fue la vía que eligieron los demandantes del cártel del azúcar – diversas empresas fabricantes de productos dulces que se habían visto perjudicadas por las subidas y bajadas del precio del azúcar en el periodo de operación del cártel- para obtener su derecho a resarcimiento⁴⁹.

⁴⁷ La Ley 99/2009 regula las acciones de clase, dando una redacción nueva al artículo 140 bis del código del consumo italiano.

⁴⁸ RUÍZ DE ANGULO GÓMEZ, E. [et al]. “Las experiencias nacionales en la aplicación del Derecho de la competencia: España”. ?” En VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, [et al]. *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid (2010), p. 137-147

⁴⁹ Sentencia de la AP Valladolid (sección 3ª) de 9 de octubre de 2009. rec. 214/2009.

ii. Interacción entre la aplicación pública y privada

La regulación de los distintos EM analizados varía en lo que se refiere a la interacción entre ambas aplicaciones del Derecho de la competencia.

Así por ejemplo en Italia, según la legislación, no es necesaria la previa declaración de la AGCM, la autoridad de la competencia italiana, para interponer una demanda, pero existe una creencia muy extendida de que si no hay declaración previa de la AGCM, no hay posibilidades de éxito de la acción, de modo que se interponen pocas demandas individuales (*stand alone*), a pesar de que la regulación prevé la posibilidad de interponerlas⁵⁰.

En Bélgica la situación es similar, así pues se interponen más acciones de seguimiento que acciones individuales⁵¹.

La razón a que atiende el hecho de que existan más acciones de seguimiento que individuales en algunos EM, se debe probablemente a la facilidad probatoria que habrá tras la declaración de existencia de infracción realizada por una ANC.

Esto explica que en algunos EM como Alemania los pronunciamientos de una autoridad de la competencia, nacional o europea, son vinculante en los procedimientos jurisdiccionales internos.⁵²

Por lo que se refiere a España la actual LDC⁵³ no parece exigir una previa declaración firme administrativa para poder instar una acción de indemnización, razón por la cual muchas de las acciones indemnizatorias interpuestas en España son *stand alone*.⁵⁴

⁵⁰ CARPAGNANO, M. “Litigación en Derecho de la competencia: La perspectiva italiana (1990-2010)”, en VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, [et al]. *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, (2010), pp. 81-102.

⁵¹ STEENBERGEN, J. “Aplicación Privada: algunos comentarios sobre la experiencia belga” en VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, [et al]. *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, (2010), pp. 149-154

⁵² Así lo predica el parágrafo 33.4 de la Ley de competencia alemana, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, que establece que los Tribunales están obligados a respetar la declaración de una autoridad de la competencia en los procedimientos de daños y perjuicios que se deriven de una infracción del Derecho de la competencia nacional o europeo.

⁵³ Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la competencia. BOE 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848-28872.

⁵⁴ RUÍZ DE ANGULO GÓMEZ, E. [et al]. “Las experiencias nacionales en la aplicación

Este fundamento fue el que motivó al juzgado de lo Mercantil nº12 de Madrid en la St. de 9 de mayo de 2014, a declarar la existencia de boicot como consecuencia del cártel del SDD, separándose de las distintas sentencias dictadas por la Audiencia Nacional según la cual dicho boicot no existió, ya que no existió tal cártel. Esta sentencia del juzgado de lo mercantil de Madrid resulta interesante porque, si bien si es una acción de seguimiento, se produce antes del procedimiento administrativo sea firme, pues la sentencia de la Audiencia Nacional ha sido recurrida en Casación ante el Supremo, y además, y aún más curioso, no continúa con lo establecido en el procedimiento administrativo, sino que se desdice al completo de ello y declara la existencia de boicot a pesar de que la Audiencia dijere que tal boicot no existía.⁵⁵

De forma que de esta sentencia se puede deducir que en España las declaraciones de las autoridades de la competencia no son inalterables, al menos así lo establece la propia sentencia de 9 de mayo en su FD 6º, en la que reproduce el FD 4º de la STC de 25 de febrero; y que en todo caso, no es necesario que la declaración de la autoridad administrativa sea firme para iniciar un procedimiento administrativo.

iii. Cuantificación del daño indemnizable

Por lo que se refiere a este aspecto, también existe una divergencia en la regulación nacional, En legislaciones como la italiana, a pesar de que los órganos jurisdiccionales pueden apoyarse en informes periciales para cuantificar el daño causado por la infracción, en la mayoría de casos el daño se suele determinar de forma equitativa⁵⁶.

Por su parte en la legislación española no prevé una forma específica de determinación del daño, pero los órganos jurisdiccionales suelen apoyarse en el artículo 1106 CC que establece que la indemnización debe incluir el daño

del Derecho de la competencia”, [op cit].

⁵⁵ MARCOS, F. “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la sentencia del Juzgado mercantil nº12 de Madrid de 9 de mayo de 2014 (MUSAAT v. ASEFA, CASER y SCOR). 2014. Madrid.

⁵⁶ CARPAGNANO, M. “Litigación”, [op cit]. pp. 81-102.

emergente y el lucro cesante. Además es habitual el apoyo de informes periciales, a pesar de que estos no son de obligatorio cumplimiento para el juez; y, de acuerdo al artículo 25 LDC, también pueden solicitar el apoyo de la CNC.

La forma en la que se calculan los daños en los procedimientos españoles se asimila a los métodos incluidos en la Guía para la cuantificación del daño [*supra* §6.4).A] de forma que se comparan dos escenarios, por un lado el que se ha dado realmente, y por otro lado lo que hubiera pasado si no se habría cometido la infracción, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso.

Un ejemplo de la dificultad que presenta la cuantificación del daño, lo tenemos en las distintas sentencias que se han derivado de la infracción cometida por las empresas participantes en el cártel del azúcar. Así en la SAP Valladolid de 9 de octubre, que resuelve una demanda de daños y perjuicios de diversas productoras de productos contra ACOR, el juez acudió a los peritos de las partes para determinar la cuantía de la indemnización, utilizando para ello el método de la comparación de dos escenarios, propuesto por el perito de las partes demandantes.

La elección de este método responde a la adecuada valoración que según el Tribunal, realizó el perito de la parte actora frente a la valoración desmedida del perito de la parte demandada, que cuantificaba los daños en cero a pesar de la existencia de sentencia firme que declaraba la producción de un daño grave⁵⁷.

Sin embargo en un procedimiento ante el JPI nº50 de Madrid⁵⁸, en el que las mismas demandantes demandaban por los daños causado como consecuencia del cártel del azúcar a EBRO PULEVA, el juez decidió resolver por equidad, fundamentándose en la dificultad que presenta la cuantificación del daño y la importante discrepancia entre los criterios utilizados por los peritos de las partes en sus informes.

⁵⁷ Fundamento jurídico 2º y 3º S AP Valladolid de 9 de octubre de 2009.

⁵⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid de 1 de marzo de 2010. Procedimiento ordinario 735/2007.

Por su parte en la primera sentencia que resuelve la primera demanda por daños y perjuicios sufrido por la actora MUSAAT, como consecuencia del cartel del seguro decenal⁵⁹, las partes también aportan informes periciales que intentan la existencia o no del daño y su cuantía, pero la juez no llega a apoyarse en ellos al considerar que se extralimitan, y termina cuantificando el daño producido a MUSAAT también de forma equitativa, concediendo a la actora la indemnización solo del daño sufrido por el boicot, pero no estimando la existencia de lucro cesante⁶⁰.

Así pues la jurisprudencia española analizada corrobora esa dificultad de cuantificar el daño que tienen los órganos jurisdiccionales a la hora de determinar la indemnización en una acción por daños y perjuicios.

A partir de la actual Directiva, esa dificultad podrá verse solventada siempre y cuando los órganos jurisdiccionales se orienten con la Guía publicada por la Comisión, pero al no ser esta vinculante, resulta difícil asegurar al completo una cuantificación del daño homogénea en todos los estados miembros, pues algunos podrían optar por algunos de los métodos que ofrece la Guía para la cuantificación del daño, otros sin embargo podrían no variar su sistema actual de cuantificación del daño en este tipo de demandas, y otros basarse en los preceptos de la directiva que permiten a los tribunales establecer ellos mismos el daño, y dar libertad a los órganos jurisdiccionales a la hora de establecer el daño.

⁵⁹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo. Nº 88/2014. Cabe matizar que esta sentencia no se refiere exactamente al daño producido directamente por el cártel, sino al boicot sufrido por MUSAAT por parte de ASEFA, SCOR y CASER, como consecuencia del cártel.

⁶⁰ MARCOS, F. “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal”, [op cit]

IX. Conclusión

Como ya hemos visto la regulación del derecho a resarcimiento que tienen las víctimas de una ilicitud anticompetitiva se ha conseguido más de diez años después de su reconocimiento por el Tribunal de Justicia en la *St Courage*.

Esa dilación en la adopción de un texto vinculante se debe a la dificultad que acompaña a este tipo de acciones, prueba de ello es la elevada cantidad de documentos elaborados por la Comisión que buscaban allanar el camino a una regulación más extensa y vinculante en el territorio europeo que consiga el objetivo de impulsar la aplicación privada del Derecho de la competencia, y en especial garantizar ese derecho a indemnización.

El resultado de esa labor de la Comisión ha sido la Directiva 2014/104 sobre demandas por daños y perjuicios derivadas de una infracción del Derecho de la competencia, que regula de forma bastante exhaustiva algunos de los problemas más importantes que presentan este tipo de acciones, intentando mantener la tradición europea de priorización de la aplicación pública sobre la aplicación privada, y evitando cualquier similitud con el sistema estadounidense de compensación de daños.

Con este texto la Comisión pretende equiparar la normativa, hasta entonces desigual, de los EM, y aportar seguridad jurídica a los operadores del mercado, garantizando en todo momento el derecho a resarcimiento que se estableciera ya en 2001 con la *St Courage*.

Pero la Directiva no regula dos aspectos muy importantes que presentan las acciones por daños y perjuicios. Se trata de las acciones colectivas, que se tratan en un texto aparte, no vinculante y horizontal que no prevé las especialidades propias de las acciones indemnizatorias por daños producidos por infracciones al Derecho de la competencia; y una manera efectiva y única de cuantificar los daños.

Ambos aspectos pueden suponer obstáculos especiales para obtener ese derecho a indemnización de los consumidores, que son, en fin, quienes más perjudicados se ven por una ilicitud anticompetitiva, ya que no pueden repercutir los sobrecostos que sufren.

En todo caso cabe indicar que la Directiva prevé una evaluación de la aplicación práctica de las disposiciones que contiene, de forma que si la armonización no es completa, o presenta problemas se puedan adoptar nuevas medidas más eficaces que garanticen ese derecho a indemnización.

Habrà que esperar pues a la transposición de la Directiva –al finalizar este trabajo ningún EM había redactado proyecto alguno de transposición– y a las demandas que se deriven de la regulación que surja de la Directiva en los EM para conocer si realmente se ha conseguido esa pretendida armonización o si como prevé la propia directiva *son necesarias medidas más eficaces para impulsar de manera efectiva la aplicación privada del Derecho de la competencia*.

x. BIBLIOGRAFÍA

1. ALCARAZ SÁNCHEZ-CAÑAVERAL, JL. (2014). “Marco Actual de las Reclamaciones colectivas en competencia”. Jornadas sobre reclamaciones colectivas de Daños y Perjuicios, Sevilla 19 y 20 de marzo, Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Cátedra de Política de Competencia.
2. ALONSO SOTO, R. “Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por la realización de prácticas anticompetitivas en la Unión Europea”. Análisis Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 2015.
3. BERENGUER, L. (2014). “Daños y Perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos. La Propuesta de Directiva”. Jornadas sobre reclamaciones colectivas de Daños y Perjuicios, Sevilla 19 y 20 de marzo, Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Cátedra de Política de Competencia.
4. CAUFFMAN, C (2011), “The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages”, The Competition Law Review, Vol. 7, núm. 2, pág. 181-220.
5. CAVANAGH, E.D. “The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience”, Selected Work, Disponible en: http://works.bepress.com/edward_cavanagh/4
6. GARCIA CACHAFEIRO, F (2005-2006), “Los retos de la política de clemencia europea ante el incremento de las reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del Derecho de la Competencia”, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Vol. 26, pág. 171-186.

7. GERADIN, D; GRELIER, L-A (2013), “Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only seen the tip of the iceberg?” Disponible en: SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2362386>
8. GREEN, J; MCCALL, I (2009), “Leniency and Civil Claims”, *Competition Law Insight*, pág. 3-5.
9. MARCOS, F. (2014). “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los Jueces y tribunales españoles”, Working Paper IE Law School. (Trabajo enmarcado en el Proyecto *Comparative Competition Law Private Enforcement and Collective Redress in the EU*).
10. MARCOS, F. (2014). “Compensación de daños provocados por el Cartel del azúcar”. Anuario F.ICO-UAB 2014.
11. MARCOS, F. (2011) “¿Es Verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española”. III Convegno di Studio, I Remedi Civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private Enforcement of Antitrust (Italia)
12. OTERO CRESPO, M, (2013), “Las acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante? Las líneas generales propuestas en la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396 UE)”, Boletín Centro de Estudios y Documentación de la Universidad de Santiago de Compostela (CeDe UsC).

13. PÉREZ-FERNÁNDEZ, P. (2011). “Aplicación Pública o Aplicación privada del Derecho de la Competencia”, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.
14. PÉREZ-FERNÁNDEZ, P. (2013) “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños de ilícitos antritrust”. En www.indret.com. InDret Revista para el análisis del Derecho 1/2013.
15. SALVADOR ROLDÁN, R. (2003). “La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?”, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nº 226, pág. 71-81.
16. SOTO PINEDA, J A. (2013) “La Doctrina y la Evaluación de Tendencias en la aplicación de la normativa Antitrust”. Revista de Derecho Mercantil nº 288 abril-junio 2013 págs. 223 a 267. Disponible en <http://works.bepress.com/jesusalfonsosoto/2>.
17. TREVISAN, P, “Indemnización de Daños y Perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia”. Estudios Trevisan, Octubre 2013
18. Unión Europea. Comisión (2008). *Libro Blanco. Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. Bruselas
19. Unión Europea. Comisión (2013). *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión. Guía Práctica. Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. que acompaña a la Comunicación de la comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las*

demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Bruselas.

20. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, [et al]. (2011). *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid.
21. WILS, W. (2003). “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?” *World Competition*, nº 26 (3), pág. 473-488.

LEGISLACIÓN

1. España. Ley 3/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia. BOE núm. 159 de 04 de Julio de 2007, pág. 28848-28872
2. Unión Europea. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho Nacional, por infracciones del derecho de la Competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea L 349, 5 de diciembre de 2014, pág. 1-19
3. Unión Europea. Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 167 de 13 de junio de 2013. pág. 19-21
4. Unión Europea. Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas

en los artículos 81 y 82 del Tratado. Diario Oficial de la Unión Europea L 1, de 4 de enero de 2003, pág. 1-25

5. Unión Europea. Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados Miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea L 201 de 26 de julio de 2013, pág. 60-65.

XI. ANEXOS

ANEXO I

5.12.2014

ES

Diario Oficial de la Unión Europea

L 349/1

DIRECTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

de 26 de noviembre de 2014

**relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en
virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia
de los Estados miembros y de la Unión Europea**

(Texto pertinente a efectos del EEE)

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, sus
artículos 103 y 114,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Previa transmisión del proyecto de acto legislativo a los Parlamentos nacionales,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo [\(1\)](#),

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario [\(2\)](#),

Considerando lo siguiente:

- (1) Los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) son disposiciones de política pública y deben aplicarse eficazmente en toda la Unión para garantizar que no se falsee la competencia en el mercado interior.
- (2) La aplicación pública de los artículos 101 y 102 del TFUE es responsabilidad de la Comisión, que hace uso de las facultades que le confiere el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo [\(3\)](#). Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea son ahora los artículos 101 y 102 del TFUE y permanecen sustancialmente idénticos. Las autoridades nacionales de la competencia, que pueden adoptar las decisiones que figuran en el artículo 5 del Reglamento (CE) n° 1/2003, también se encargan de dicha aplicación pública. De conformidad con ese Reglamento, los Estados miembros deben poder designar autoridades

administrativas y judiciales para que apliquen los artículos 101 y 102 del TFUE en calidad de encargados de velar por su aplicación pública y para que lleven a cabo las distintas funciones que dicho Reglamento confiere a las autoridades de la competencia.

- (3) Los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y generan, para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales también tienen una función esencial en la aplicación de las normas sobre competencia (la aplicación privada). Al pronunciarse sobre litigios entre particulares protegen los derechos subjetivos que emanan del Derecho de la Unión, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a las víctimas de infracciones. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones en ellos establecidas, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones. El derecho a resarcimiento contemplado en el Derecho de la Unión se aplica igualmente a las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de empresas públicas y de empresas titulares de derechos especiales o exclusivos de los Estados miembros a tenor del artículo 106 del TFUE.
- (4) El derecho, contemplado en el Derecho de la Unión, a resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión y nacional exige que todos los Estados miembros cuenten con normas de procedimiento que garanticen su ejercicio efectivo. La necesidad de que existan vías procesales eficaces también se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los Estados miembros deben garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos del Derecho de la Unión.
- (5) Las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios («acciones por daños») constituyen tan solo un elemento de un eficaz sistema de Derecho privado para los casos de infracciones del Derecho de la competencia y van acompañadas de vías alternativas de reparación, tales como la solución consensual de controversias y las decisiones de ejecución de las autoridades públicas, que dan un incentivo a las partes para conceder el resarcimiento.
- (6) Para garantizar la efectividad de las acciones de los particulares en el marco de la aplicación privada con arreglo a las normas de Derecho civil y la efectividad de la aplicación pública por parte de las autoridades de la competencia, es preciso que ambos instrumentos interactúen para garantizar la máxima eficacia de las normas sobre competencia. Es necesario regular cómo se coordinan esas dos formas de aplicación de manera coherente, por ejemplo en relación con las condiciones de acceso a los documentos en poder de las autoridades de la competencia. Esta coordinación a nivel de la Unión también evitará la

divergencia entre las normas aplicables, que podría poner en peligro el buen funcionamiento del mercado interior.

- (7) De conformidad con el artículo 26, apartado 2, del TFUE, el mercado interior comprende un espacio sin fronteras interiores, en el que está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Existen notables diferencias entre las normas de los Estados miembros por las que se rigen actualmente las acciones por daños contra las infracciones del Derecho de la competencia de la Unión o nacional. Estas diferencias provocan incertidumbre en cuanto a las condiciones en que las partes perjudicadas pueden ejercer el derecho a resarcimiento que les confiere el TFUE y afectar a la efectividad sustantiva de este derecho. Dado que las partes perjudicadas suelen optar por su propio Estado miembro de establecimiento como foro en donde reclamar por daños y perjuicios, las discrepancias entre las normas nacionales dan lugar a condiciones de competencia desiguales en lo que respecta a las acciones por daños y pueden afectar, por lo tanto, a la competencia en los mercados en los que desarrollen su actividad las partes perjudicadas y las empresas infractoras.
- (8) Las empresas establecidas y que operan en varios Estados miembros están sujetas a diferentes normas procedimentales que afectan significativamente a la medida en la que pueden ser consideradas responsables de las infracciones del Derecho de la competencia. Esta aplicación desigual del derecho a resarcimiento contemplado en el Derecho de la Unión puede dar lugar no solo a una ventaja competitiva para algunas empresas que hayan infringido los artículos 101 o 102 del TFUE, sino también a desincentivar el ejercicio de los derechos de establecimiento y suministro de bienes o prestación de servicios en aquellos Estados miembros en los que el derecho a resarcimiento se aplique con mayor efectividad. Como las diferencias en los regímenes de responsabilidad civil aplicables en los Estados miembros puede afectar negativamente tanto a la competencia como al buen funcionamiento del mercado interior, es conveniente basar la presente Directiva en la doble base jurídica de los artículos 103 y 114 del TFUE.
- (9) Teniendo en cuenta que las infracciones a gran escala del Derecho de la competencia a menudo tienen un elemento transfronterizo, es necesario garantizar la existencia de condiciones más equitativas para las empresas que operan en el mercado interior y mejorar las condiciones para que los consumidores ejerzan los derechos que les confiere el mercado interior. Conviene incrementar la seguridad jurídica y reducir las diferencias que existen entre los Estados miembros en cuanto a las normas nacionales por las que se rigen las acciones por daños en relación con infracciones del Derecho de la competencia tanto de la Unión como nacional, y del Derecho nacional de la competencia cuando se aplique paralelamente al de la Unión. La aproximación de estas normas contribuirá además a evitar que aumenten las diferencias entre las normas de los Estados miembros por las que se rigen las acciones por daños en asuntos de competencia.
- (10) El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 1/2003 establece que «cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los

órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del [artículo 101, apartado 1, del TFUE] que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo [101 del TFUE]. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo [102 del TFUE], aplicarán también a la misma el artículo [102 del TFUE]». En aras del correcto funcionamiento del mercado interior y con vistas a lograr una mayor seguridad jurídica y unas condiciones más equitativas para las empresas y los consumidores, es conveniente que el ámbito de aplicación de la presente Directiva se amplíe a las acciones por daños basadas en la infracción del Derecho nacional de la competencia cuando se aplique con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 1/2003. De otro modo, la aplicación de normas divergentes en relación con la responsabilidad civil por las infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE y por las infracciones del Derecho nacional de la competencia que deben aplicarse en los mismos asuntos en paralelo al Derecho de la competencia de la Unión, afectaría negativamente a la posición de los demandantes en el mismo asunto y al alcance de sus reclamaciones, y constituiría un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior. La presente Directiva no debe afectar a las acciones por daños en relación con infracciones del Derecho nacional de la competencia que no afecten al comercio entre Estados miembros a tenor de los artículos 101 o 102 del TFUE.

- (11) En ausencia de legislación de la Unión, las acciones por daños se rigen por las normas y procedimientos nacionales de los Estados miembros. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia), cualquier persona puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos cuando exista una relación causal entre los mismos y la infracción del Derecho de la competencia. Todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia. Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE, o de modo menos favorable que las aplicables a acciones nacionales similares. Cuando un Estado miembro establezca en su Derecho nacional otras condiciones para el resarcimiento, tales como la imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad, ha de poder mantener dichas condiciones en la medida en que se ajusten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los principios de efectividad y equivalencia, y a la presente Directiva.
- (12) La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a

resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo. Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por tal infracción puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (*damnum emergens*), el lucro cesante (pérdida de beneficios o *lucrum cessans*), más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente. El pago de intereses es un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, y debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización, sin perjuicio de que en el Derecho nacional esos intereses se califiquen de intereses compensatorios o de demora, y de que se tenga en cuenta el transcurso del tiempo como categoría independiente (interés) o como parte constitutiva de la pérdida experimentada o de la pérdida de beneficios. Corresponde a los Estados miembros establecer las normas que deban aplicarse a tal efecto.

- (13) El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia. La presente Directiva no debe exigir a los Estados miembros que introduzcan mecanismos de recurso colectivo para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE. Sin perjuicio de la indemnización por la pérdida de oportunidades, un resarcimiento pleno en virtud de la presente Directiva no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo.
- (14) Las acciones por daños ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión o nacional suelen exigir un análisis fáctico y económico complejo. Las pruebas que se necesitan para acreditar una reclamación de daños y perjuicios suelen estar exclusivamente en posesión de la parte contraria o de terceros, y no son conocidas suficientemente por el demandante o no están a su alcance. En tales circunstancias, el establecimiento de estrictos requisitos legales que exijan de los demandantes hacer valer en detalle todos los hechos del caso y aportar elementos de prueba muy específicos al inicio de una acción, puede obstaculizar indebidamente el ejercicio efectivo del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE.
- (15) La prueba es un elemento importante para el ejercicio de las acciones por daños por infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional. Sin embargo, como los litigios por infracciones del Derecho de la competencia se caracterizan por una asimetría de información, conviene garantizar que se confiere a las partes demandantes el derecho a obtener la exhibición de las pruebas relevantes para fundar sus pretensiones, sin que sea necesario que especifiquen las piezas concretas de prueba. A fin de garantizar la igualdad de armas, esa posibilidad de exhibición debe estar también a

disposición de los demandados en las acciones por daños, con objeto de que puedan solicitar la de las partes demandantes. Además, los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder ordenar la exhibición de pruebas por parte de terceros, incluidas las autoridades públicas. Cuando un órgano jurisdiccional nacional desee ordenar la exhibición de pruebas por parte de la Comisión, serán de aplicación el principio de cooperación leal entre la Unión y los Estados miembros que recoge el artículo 4, apartado 3, del TUE, y el artículo 15, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1/2003 en lo que se refiere a los requerimientos de información. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales soliciten a las autoridades públicas la exhibición de pruebas, serán de aplicación los principios de cooperación judicial y administrativa de acuerdo con el Derecho de la Unión o nacional.

- (16) Los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener la facultad de ordenar la exhibición, bajo su estricta supervisión, de pruebas o de categorías de pruebas específicas, a petición de parte, en particular en lo que se refiere a la necesidad y la proporcionalidad de la medida de exhibición. De la obligación de proporcionalidad se deriva que la exhibición de pruebas solo puede ordenarse una vez que el demandante haya demostrado la verosimilitud, sobre la base de los datos que obren razonablemente en su poder, de los daños que le haya causado el demandado. Cuando una solicitud de exhibición esté destinada a obtener una categoría de pruebas, la misma debe quedar identificada mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de los documentos cuya exhibición se pide, el momento en que hayan sido redactados, u otros criterios, siempre y cuando las pruebas que pertenezcan a esa categoría sean pertinentes a tenor de lo dispuesto en la presente Directiva. Esas categorías deben definirse de la manera más precisa y concreta posible sobre la base de los hechos razonablemente disponibles.
- (17) Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicite a un órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro que obtenga pruebas o solicite que se obtengan pruebas directamente en otro Estado miembro, serán de aplicación las disposiciones del Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo ⁽⁴⁾.
- (18) Aunque en las acciones por daños se debería disponer en principio de aquellas pruebas relevantes que contengan secretos comerciales o cualquier otra información confidencial, conviene proteger dicha información de manera adecuada. Por consiguiente, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener a su disposición una serie de medidas para evitar que dichos datos confidenciales sean divulgados durante el procedimiento. Entre esas medidas puede incluirse la posibilidad de disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, y encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial. Las medidas de protección de los secretos comerciales y demás información confidencial no deben impedir en la práctica el ejercicio del derecho a resarcimiento.

- (19) La presente Directiva no afecta ni a la posibilidad de que el Derecho de los Estados miembros permita impugnar los requerimientos de exhibición de pruebas, ni a las condiciones de dicha impugnación.
- (20) El Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽⁶⁾ rige el acceso público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión y está concebido para conferir al público el derecho de acceso más amplio posible a los documentos de dichas instituciones. Sin embargo, ese derecho está sujeto a determinados límites basados en razones de interés público o privado. De ello se desprende que el sistema de las excepciones establecidas en el artículo 4 de dicho Reglamento se basa en una ponderación de los intereses en conflicto en una situación determinada, es decir, los intereses que se verían favorecidos por la divulgación de los documentos en cuestión y los que se verían comprometidos por dicha divulgación. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de esas normas y prácticas en virtud del Reglamento (CE) n° 1049/2001.
- (21) La efectividad y la coherencia de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia requieren un planteamiento común en toda la Unión por lo que se refiere a la exhibición de pruebas contenidas en archivos de las autoridades de la competencia. La exhibición de las pruebas no debe desvirtuar la efectividad de la aplicación del Derecho de la competencia por parte de una autoridad de la competencia. La presente Directiva no tiene por objeto la exhibición de documentos internos de las autoridades de la competencia, ni la correspondencia entre ellas.
- (22) Con el fin de garantizar la tutela efectiva del derecho a resarcimiento, no es necesario que todos los documentos relativos a un procedimiento basado en los artículos 101 o 102 del TFUE se den a conocer al demandante por la mera razón de que este tenga intención de ejercer una acción por daños, ya que es muy poco probable que dicha acción deba basarse en todas las pruebas que aparezcan en el expediente relativo a dicho procedimiento.
- (23) El requisito de proporcionalidad debe evaluarse atentamente cuando la exhibición pueda comprometer la estrategia de investigación de una autoridad de la competencia al revelar qué documentos forman parte del expediente, o pueda tener efectos negativos en la forma en que las empresas cooperan con las autoridades de la competencia. Debe prestarse especial atención a prevenir las «expediciones de pesca», es decir, la búsqueda no específica, o de excesiva amplitud, de información que probablemente sea de escaso interés para las partes en el procedimiento. Por lo tanto, la solicitud de exhibición no debe considerarse proporcionada cuando se refiera a la exhibición genérica de documentos incluidos en el expediente de una autoridad de la competencia en relación con un determinado asunto, o a la divulgación genérica de documentos presentados por una parte en el contexto de un asunto determinado. Solicitudes de exhibición de tal amplitud no serían compatibles con el deber del solicitante de especificar las pruebas o las categorías de pruebas con la mayor precisión y concreción posible.
- (24) La presente Directiva no afecta al derecho de los órganos jurisdiccionales a

considerar el interés de la aplicación pública efectiva del Derecho de la competencia, ya sea en virtud del Derecho de la Unión o del nacional, a la hora de ordenar la exhibición de cualquier tipo de prueba, con la excepción de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción.

- (25) Debe realizarse una excepción por lo que se refiere a aquellas exhibiciones que, de ordenarse, interferirían indebidamente con una investigación en curso efectuada por una autoridad de la competencia en relación con una infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional. La información que haya sido preparada por una autoridad de la competencia en el curso de su procedimiento de aplicación del Derecho de la competencia de la Unión o nacional y remitida a las partes en dicho procedimiento (como, por ejemplo, un pliego de cargos) o preparada por una de sus partes (tales como las respuestas a los requerimientos de información de la autoridad de la competencia o las declaraciones de testigos), solo debe poder ser divulgada en los procesos por daños y perjuicios una vez que la autoridad de la competencia haya cerrado su propio procedimiento, por ejemplo mediante la adopción de una resolución en virtud del artículo 5 o del capítulo III del Reglamento (CE) n° 1/2003, a excepción de las resoluciones sobre medidas cautelares.
- (26) Los programas de clemencia y los procedimientos de transacción son instrumentos importantes para la aplicación pública del Derecho de la competencia de la Unión, ya que contribuyen a la detección, la persecución eficiente y la imposición de sanciones de las infracciones más graves del Derecho de la competencia. Además, como muchas de las decisiones de las autoridades de la competencia en los casos de cárteles se basan en una solicitud de clemencia y las acciones por daños en los casos de cárteles por lo general se derivan de dichas decisiones, los programas de clemencia son igualmente importantes para la eficacia de las acciones por daños en los casos de cárteles. Las empresas podrían verse disuadidas de cooperar con las autoridades de la competencia en el marco de programas de clemencia y procedimientos de transacción, si se exhibieran las declaraciones autoincriminatorias, como las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción, que se presentan solo a efectos de cooperar con las autoridades de la competencia. Esa exhibición entrañaría el riesgo de exponer a las empresas cooperantes o a su personal directivo a una responsabilidad civil o penal en peores condiciones que las de los coinfractores que no cooperan con las autoridades de la competencia. Para garantizar la buena disposición continuada de las empresas para acudir voluntariamente a las autoridades de la competencia y presentar declaraciones en el marco de un programa de clemencia o solicitudes de transacción, esos documentos deben quedar excluidos de la exhibición de pruebas. Dicha exclusión debe aplicarse también a las citas literales de una declaración en el marco de un programa de clemencia o de una solicitud de transacción que figuren en otros documentos. Las limitaciones impuestas a la exhibición de pruebas no deben impedir que las autoridades de la competencia publiquen sus decisiones de conformidad con la normativa aplicable de la Unión o

nacional. Para garantizar que dicha exclusión no menoscabe indebidamente el derecho de las partes perjudicadas al resarcimiento, la misma debe limitarse a esas declaraciones voluntarias y autoincriminatorias en el marco de programas de clemencia y solicitudes de transacción.

- (27) Las normas de la presente Directiva relativas a la exhibición de documentos que no sean declaraciones en el marco de programas de clemencia o solicitudes de transacción garantizan que las partes perjudicadas sigan teniendo suficientes posibilidades distintas para obtener acceso a las pruebas relevantes que necesiten para preparar sus reclamaciones por daños y perjuicios. Los órganos jurisdiccionales nacionales, a solicitud de un demandante, deben poder acceder ellos mismos a los documentos para los que se alega la excepción, con el fin de comprobar si su contenido desborda los límites de lo que la presente Directiva define como declaración en el marco de programas de clemencia o de solicitud de transacción. Cualquier contenido que no encaje en dichas definiciones debe poder ser exhibido en las condiciones adecuadas.
- (28) En cualquier momento, los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder pedir, en el contexto de una acción por daños, la exhibición de las pruebas existentes con independencia de las actuaciones de una autoridad de la competencia («información preexistente»).
- (29) Debe ordenarse a una autoridad de la competencia la exhibición de pruebas solo cuando no se puedan obtener razonablemente de otra parte o de un tercero.
- (30) Con arreglo al artículo 15, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 1/2003, las autoridades de la competencia pueden presentar por propia iniciativa observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 101 o 102 del TFUE. Asimismo, para preservar la contribución que supone la acción pública en la aplicación de dichos artículos, las autoridades de la competencia deben poder presentar sus observaciones por propia iniciativa a un órgano jurisdiccional nacional a los efectos de evaluar la proporcionalidad de una exhibición de pruebas incluidas en un expediente de la autoridad, en vista del impacto que tal exhibición tendría en la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia. Los Estados miembros deben poder establecer un sistema por el que se informe a la autoridad de la competencia de las solicitudes de exhibición de información cuando la persona que la solicite o la persona de la que se solicite la misma esté implicada en la investigación de esa autoridad de la competencia en relación con la infracción alegada, sin perjuicio de la normativa nacional en materia de procedimientos no contradictorios.
- (31) Toda persona física o jurídica que obtenga pruebas a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia debe poder utilizar dichas pruebas en el marco de una acción por daños de la que sea parte. Este uso también debe autorizarse a la persona física o jurídica que le suceda en sus derechos y obligaciones, incluso mediante la adquisición de su reclamación. Si las pruebas hubieran sido obtenidas por una persona jurídica que forme parte de un grupo de empresas que constituya una empresa a efectos de la

aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, también debe permitirse ese uso a otras personas jurídicas que pertenezcan a la misma empresa.

- (32) No obstante, el uso de pruebas obtenidas al acceder al expediente de una autoridad de la competencia no puede desvirtuar indebidamente la eficacia de la aplicación del Derecho de la competencia por parte de una autoridad de la competencia. Para garantizar que no se menoscaben las limitaciones a la exhibición establecidas en la presente Directiva, debe quedar limitado en las mismas circunstancias el uso de los tipos de pruebas a los que se hace referencia en los considerandos 24 y 25 que se obtengan únicamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia. La limitación debe traducirse en su inadmisibilidad en las acciones por daños o en cualquier otra medida de protección en virtud de la normativa nacional aplicable que sea apta para garantizar el pleno efecto de los límites a la exhibición de esos tipos de pruebas. Por otra parte, las pruebas obtenidas de una autoridad de la competencia no deben ser objeto de comercio. Por lo tanto, la posibilidad de usar pruebas que solo se hayan obtenido a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia debe limitarse a la persona física o jurídica a la que se haya concedido acceso originalmente y a sus sucesores legales. Esta limitación para evitar el comercio de pruebas no impide, sin embargo, que un órgano jurisdiccional nacional ordene la exhibición de dichas pruebas, en las condiciones previstas en la presente Directiva.
- (33) El hecho de que se ejercite una acción por daños, o se inicie una investigación por parte de una autoridad de la competencia, entraña el riesgo de que las personas afectadas puedan destruir u ocultar pruebas que sean de utilidad a la hora de fundar las reclamaciones de daños y perjuicios de las partes perjudicadas. Para evitar la destrucción de pruebas relevantes y garantizar el cumplimiento de las órdenes de exhibición de los órganos jurisdiccionales, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener la posibilidad de imponer sanciones lo suficientemente disuasorias. En la medida en que afecte a las partes en el procedimiento, el riesgo de que se infieran conclusiones adversas de los procesos por daños y perjuicios puede ser una sanción especialmente eficaz y contribuir a evitar dilaciones. Asimismo, se debe sancionar el incumplimiento de la obligación de proteger información confidencial y el uso abusivo de la información obtenida a través de la exhibición. Del mismo modo, deben imponerse sanciones si en los procesos por daños y perjuicios se usa de forma abusiva la información obtenida a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia.
- (34) La efectividad y coherencia de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de la Comisión y de las autoridades nacionales de la competencia requieren un planteamiento común en toda la Unión sobre los efectos que las resoluciones firmes de infracción dictadas por las autoridades nacionales de la competencia tengan en posteriores acciones por daños. Tales resoluciones se adoptan únicamente una vez que se ha informado a la Comisión de la resolución prevista o, a falta de la misma, cualquier otro documento que indique el curso de actuación propuesto en virtud del artículo 11, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1/2003, y si la Comisión no ha señalado a la autoridad nacional de la competencia que ha dejado de ser

competente por incoación de un procedimiento en virtud del artículo 11, apartado 6, del mismo Reglamento. A tal efecto, la Comisión debe garantizar la aplicación coherente del Derecho de la competencia de la Unión, proporcionando orientación a las autoridades nacionales de la competencia tanto a nivel bilateral como en el marco de la red europea de competencia. Con el fin de reforzar la seguridad jurídica, evitar incoherencias en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, aumentar la efectividad y la eficiencia procedimental de las acciones por daños y mejorar el funcionamiento del mercado interior para las empresas y los consumidores, la constatación de una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE recogida en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente no debe volver a ser objeto de litigio en posteriores acciones por daños. Por consiguiente, debe considerarse que esa constatación ha sido establecida de modo irrefutable en las acciones por daños en relación con dicha infracción, ejercitadas en el Estado miembro de la autoridad nacional de la competencia o ante un órgano jurisdiccional competente. Los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones. Cuando en una resolución se declare que se infringe el Derecho nacional de la competencia en casos en que se aplican simultánea y paralelamente el Derecho de la competencia de la Unión y el nacional, se debe considerar asimismo que esa infracción queda constatada de modo irrefutable.

- (35) Cuando se ejercite una acción por daños en un Estado miembro distinto del Estado miembro de la autoridad nacional de la competencia o del órgano jurisdiccional competente que hayan declarado la existencia de la infracción del artículo 101 o 102 del TFUE a la que se refiere la acción, dicha declaración en una resolución firme de la autoridad nacional de la competencia o del órgano jurisdiccional competente debe poder presentarse ante un órgano jurisdiccional nacional al menos como un principio de prueba de que se ha producido una infracción del Derecho de la competencia. Si procede, la declaración puede evaluarse junto con cualesquiera otras pruebas presentadas por las partes. Los efectos de las resoluciones adoptadas por las autoridades nacionales de la competencia y los órganos jurisdiccionales competentes al declarar la existencia de una infracción de las normas sobre competencia se entienden sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con el artículo 267 del TFUE.
- (36) Las normas nacionales relativas al inicio, la duración, la suspensión o la interrupción de los plazos no deben entorpecer indebidamente el ejercicio de acciones por daños. Ello reviste especial importancia para las reclamaciones que se funden en constataciones de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente. A tal efecto, debe ser posible interponer una demanda por daños tras la incoación, por parte de una autoridad de la competencia, de un procedimiento de aplicación del Derecho de la

competencia nacional y de la Unión. Los plazos no deben empezar a correr antes de que cese la infracción ni antes de que el demandante sepa, o de que se pueda esperar razonablemente que el demandante sepa, qué conducta constituye la infracción, el hecho de que esa infracción haya causado un perjuicio al demandante y la identidad del infractor. Los Estados miembros deben poder mantener o establecer plazos de caducidad que sean de aplicación general, siempre que la duración de tales plazos de caducidad no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento pleno.

- (37) Cuando varias empresas infrinjan conjuntamente las normas sobre competencia (como en el caso de un cártel) es adecuado disponer que esos coinfractores sean conjunta y solidariamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción. Si uno de los infractores ha abonado una compensación superior a la cuota que le correspondía, le debe asistir el derecho de exigir una contribución a los demás coinfractores. El cálculo de dicha cuota, que corresponde a la responsabilidad relativa de un infractor determinado, y el establecimiento de los criterios pertinentes, como el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cártel, han de hacerse con arreglo al Derecho nacional aplicable, respetando siempre los principios de efectividad y equivalencia.
- (38) Las empresas que cooperan con las autoridades de la competencia en el marco de los programas de clemencia desempeñan un papel clave a la hora de descubrir los cárteles y de ponerles fin, lo que suele mitigar el perjuicio que podría haberse causado de continuar la infracción. Por lo tanto, es conveniente disponer que las empresas que se hayan beneficiado de la dispensa del pago de las multas decretada por una autoridad de la competencia en el marco de un programa de clemencia queden protegidas contra el riesgo de estar indebidamente expuestas a reclamaciones de daños y perjuicios, teniendo en cuenta que la resolución de la autoridad de la competencia por la que se constata una infracción puede hacerse firme para el beneficiario de la dispensa antes de que sea firme para otras empresas a las que no se haya concedido la dispensa, convirtiendo por lo tanto al beneficiario de la dispensa en el objetivo preferente de cualquier litigio. Por consiguiente, conviene que el beneficiario de la dispensa quede exento, en principio, de ser conjunta y solidariamente responsable de la totalidad del perjuicio y que cualquier contribución que deba asumir frente a los coinfractores no exceda del importe del perjuicio causado a sus propios compradores directos o indirectos, o, en caso de que se trate de un cártel de compras, sus proveedores directos o indirectos. En la medida en que un cártel haya causado perjuicios a terceros distintos de los clientes o proveedores de los infractores, la contribución del beneficiario de la dispensa no debe exceder de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por el cártel. Esa cuota debe calcularse de conformidad con las mismas normas empleadas para calcular las contribuciones entre los infractores. El beneficiario de la dispensa solo debe seguir siendo plenamente responsable frente a las partes perjudicadas distintas de sus compradores o proveedores directos o indirectos en caso de que estos no puedan obtener pleno resarcimiento de los restantes

infractores.

- (39) El perjuicio en forma de daño emergente puede ser el resultado de la diferencia de precios entre las cuantías ya pagadas realmente y lo que se habría pagado si no se hubiera cometido una infracción. Cuando una parte perjudicada haya reducido su daño emergente repercutiéndolo, total o parcialmente, a sus propios compradores, la pérdida repercutida ya no constituye un perjuicio por el que la parte que lo repercutió deba ser resarcida. Por consiguiente, en principio conviene autorizar al infractor a que invoque la repercusión del daño emergente como defensa frente a una reclamación de daños y perjuicios. Conviene disponer que el infractor, cuando argumente la defensa basada en la repercusión de costes, deba acreditar la existencia y el grado de repercusión del sobrecoste. Esta carga de la prueba no debe menoscabar la posibilidad de que el infractor utilice pruebas distintas de las que están en su poder, como pruebas ya obtenidas en el procedimiento o pruebas en poder de otras partes o de terceros.
- (40) En las situaciones en las que la repercusión del sobrecoste tenga como consecuencia la disminución de las ventas y, de ese modo, un perjuicio en forma de lucro cesante, el derecho a reclamar un resarcimiento por ese lucro cesante no debe verse menoscabado.
- (41) Dependiendo de las condiciones en que las empresas desarrollen su actividad, puede ser una práctica comercial repercutir los incrementos de los precios en una fase posterior a la cadena de suministro. Los consumidores o las empresas a los que, por lo tanto, se haya repercutido la pérdida experimentada han sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional. Si bien este perjuicio debería ser reparado por el infractor, es posible que a los consumidores o las empresas que no realizaran compra alguna al infractor les resulte especialmente difícil demostrar la magnitud de dicho perjuicio. Por lo tanto, es conveniente disponer que, siempre que la existencia de una reclamación de daños y perjuicios o el importe de la indemnización que se haya de abonar dependan de si, o en qué medida, un sobrecoste pagado por el comprador directo del infractor ha sido repercutido a un comprador indirecto, se considere probada esta repercusión al comprador indirecto del sobrecoste pagado por el comprador directo, si puede demostrar, *prima facie*, que aquella repercusión tuvo lugar. Dicha presunción *iuris tantum* se aplica a menos que el infractor pueda demostrar de manera creíble a satisfacción del órgano jurisdiccional que la pérdida experimentada no se ha transmitido total o parcialmente al comprador indirecto. Además, es conveniente definir en qué condiciones se considera que el comprador indirecto ha acreditado dicho principio de prueba. Por lo que respecta a la cuantificación de la repercusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar facultado para calcular qué cuota del sobrecoste se ha repercutido al nivel de los compradores indirectos en el litigio de que conoce.
- (42) La Comisión debe formular orientaciones claras, simples y completas para los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la manera de calcular el porcentaje del sobrecoste repercutido a los compradores indirectos.

- (43) Las infracciones del Derecho de la competencia suelen referirse a las condiciones y al precio a que se venden los bienes o servicios y provocan un sobreprecio y otros perjuicios a los clientes de los infractores. La infracción también puede referirse a los suministros del infractor (por ejemplo, en el caso de un cártel de compras). En esos casos, el daño emergente puede derivarse de un precio inferior pagado por los infractores a sus proveedores. En consecuencia, debe aplicarse a esos casos la presente Directiva y, en particular, las normas sobre la repercusión del sobreprecio.
- (44) Pueden ejercitar la acción por daños tanto quienes hayan adquirido bienes o servicios al infractor como los compradores situados más allá en la cadena de suministro. Con el fin de reforzar la coherencia entre las resoluciones resultantes de procedimientos conexos, e impedir así que no se repare plenamente el perjuicio ocasionado por la inexistencia de un resarcimiento pleno por la infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional, o que se obligue al infractor a indemnizar daños y perjuicios que no se han sufrido realmente, el órgano jurisdiccional nacional debe estar facultado para hacer una estimación de qué proporción de cualquier sobreprecio se ha repercutido al nivel de los compradores directos o indirectos en el litigio de que conoce. En este contexto, los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder tomar debidamente en consideración, por medios tanto procedimentales como sustantivos previstos en el Derecho de la Unión y nacional, toda acción conexa y su correspondiente resolución judicial, especialmente cuando considere que se ha acreditado la existencia de repercusión. Los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener a su disposición los medios procesales apropiados, tales como la acumulación de acciones, para garantizar que el resarcimiento por el daño emergente que se abone en cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio por sobreprecios a ese nivel. Tales medios deben estar disponibles también en los casos transfronterizos. Esa posibilidad de tomar en consideración las resoluciones judiciales debe entenderse sin perjuicio de los derechos fundamentales de defensa y de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial que tienen quienes fueron parte en esos procedimientos judiciales, sin perjuicio de las normas sobre el valor probatorio de las sentencias dictadas en ese contexto. Es posible considerar las demandas pendientes ante los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros como demandas conexas a tenor de lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽⁶⁾. Al amparo de dicho artículo, los órganos jurisdiccionales nacionales distintos de aquel ante el que se hubiera presentado la demanda por primera vez, pueden suspender el procedimiento o, en determinadas circunstancias, declinar su competencia. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales previstos en dicho Reglamento.
- (45) Una parte perjudicada que haya demostrado haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia aún debe demostrar la magnitud del daño sufrido para poder obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios. Cuantificar el perjuicio causado en casos de Derecho de la competencia suele caracterizarse por la gran cantidad de elementos

fácticos necesarios y puede requerir la aplicación de complejos modelos económicos. Ello suele ser muy costoso y los demandantes encuentran dificultades para obtener los datos necesarios para sustanciar sus pretensiones. La cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de infracción del Derecho de la competencia puede constituir, por lo tanto, un obstáculo significativo que impide la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios.

- (46) Al no existir normas de la Unión sobre la cuantificación del perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, corresponde al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro determinar sus propias normas sobre la cuantificación del perjuicio y a los Estados miembros y a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar los requisitos que el demandante ha de cumplir a la hora de acreditar la cuantía del perjuicio sufrido, los métodos que pueden utilizarse para cuantificar el importe y las consecuencias de no poder respetar plenamente esos requisitos. No obstante, los requisitos nacionales en materia de cuantificación del perjuicio en casos de Derecho de la competencia no deben ser menos favorables que los que regulan las acciones nacionales similares (principio de equivalencia), ni deben hacer que el ejercicio del derecho de la Unión al resarcimiento por los daños y perjuicios resulte imposible en la práctica o excesivamente difícil (principio de efectividad). Debe prestarse atención a toda asimetría de información entre las partes y al hecho de que cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado en cuestión de no haber sido por la infracción. Esta evaluación implica realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética, por lo que nunca puede hacerse con total precisión. Por lo tanto, debe garantizarse que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para hacer una estimación del importe del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia. Los Estados miembros deben velar por que, cuando se les solicite, las autoridades nacionales de la competencia ofrezcan orientación en relación con la cuantía. Con el fin de garantizar la coherencia y la previsibilidad, la Comisión debería proporcionar una orientación general a nivel de la Unión.
- (47) Para corregir la asimetría de información y algunas de las dificultades asociadas a la cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de Derecho de la competencia y con el fin de garantizar la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios, conviene presumir que las infracciones de cártel provocan un perjuicio, en particular a través de un efecto sobre los precios. Dependiendo de las circunstancias del asunto, los cárteles producen un incremento de los precios o impiden una reducción de los precios que se habría producido, de no ser por el cártel. Esta presunción no debe abarcar el importe preciso del daño. Se debe permitir al infractor que refute la presunción. Conviene limitar esta presunción *iuris tantum* a los cárteles, dada su naturaleza secreta, lo que aumenta la asimetría de información y dificulta a los demandantes la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio.
- (48) Es deseable lograr una solución «de una vez por todas» para los demandados, con miras a reducir la incertidumbre para los infractores y las partes

perjudicadas. Por lo tanto, se debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias deben abarcar el mayor número posible de partes perjudicadas e infractores que la ley permita. Por tanto, las disposiciones de la presente Directiva sobre solución extrajudicial de controversias pretenden facilitar el uso de esos mecanismos y aumentar su eficacia.

- (49) Cabe la posibilidad de que los plazos para ejercitar una acción por daños impidan a las partes perjudicadas e infractores disponer del tiempo suficiente para alcanzar un acuerdo sobre la indemnización que se ha de abonar. Con objeto de brindar a ambas partes la posibilidad real de participar en el mecanismo de solución extrajudicial de controversias antes de recurrir a los órganos jurisdiccionales nacionales, se han de suspender los plazos mientras dure la solución extrajudicial de controversias.
- (50) Además, cuando las partes decidan recurrir a la solución extrajudicial de controversias después de que se haya ejercitado una acción por daños con la misma pretensión ante un órgano jurisdiccional nacional, este debe poder suspender el procedimiento mientras se celebre la solución extrajudicial de controversias. Al considerar la posibilidad de suspender el procedimiento, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta las ventajas de un procedimiento acelerado.
- (51) Con objeto de fomentar los acuerdos extrajudiciales, el infractor que abone una indemnización mediante el mecanismo de solución extrajudicial de controversias no debe encontrarse en peor situación frente a sus coinfractores que la situación en que se encontraría sin dicho acuerdo extrajudicial. Ello podría suceder en caso de que un infractor que participa en una solución extrajudicial, incluso tras llegar a un acuerdo, siguiese siendo conjunta y solidariamente responsable de resarcir el perjuicio ocasionado por la infracción. Por tanto, un infractor que es parte en un acuerdo extrajudicial no debe contribuir en principio a sus coinfractores no participantes en dicho acuerdo cuando estos últimos hayan abonado una indemnización a la parte perjudicada con la que el primer infractor haya llegado previamente a un acuerdo extrajudicial. El corolario de esta norma de no contribución lo constituye que la pretensión de la parte perjudicada debe ser reducida por la cuota del perjuicio que se le haya ocasionado correspondiente al infractor parte en el acuerdo extrajudicial, con independencia de que el importe del acuerdo sea igual o distinto a la cuota relativa del perjuicio que dicho infractor haya provocado a la parte perjudicada con quien se haya llegado al acuerdo. Esta cuota relativa debe calcularse de conformidad con las normas empleadas para calcular las contribuciones entre los infractores. Sin esa reducción, el infractor que no participa en la solución extrajudicial se vería indebidamente afectado por acuerdos en los que no ha participado. Sin embargo, para garantizar el derecho al pleno resarcimiento, el coinfractor

parte en un acuerdo extrajudicial aún debe abonar daños y perjuicios cuando esa sea la única posibilidad de que la parte perjudicada obtenga resarcimiento por el resto de la reclamación. El resto de la reclamación consiste en la reclamación de la parte perjudicada con quien se ha llegado a un acuerdo extrajudicial una vez deducida la cuota del perjuicio que la infracción ha ocasionado a dicha parte perjudicada correspondiente al coinfractor parte en el acuerdo extrajudicial. Esta última posibilidad de exigir una indemnización a dicho infractor existe a menos que se excluya expresamente en los términos del acuerdo extrajudicial.

- (52) Se deben evitar las situaciones en que, al pagar una contribución a los coinfractores que no participan en el acuerdo extrajudicial por las indemnizaciones que estos hubieran abonado a partes perjudicadas no participantes en dicho acuerdo, el importe total de la indemnización pagada por los coinfractores partes en tal acuerdo exceda de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción. Por lo tanto, cuando se solicite a los coinfractores partes en un acuerdo extrajudicial que contribuyan a las indemnizaciones de daños y perjuicios abonadas posteriormente por coinfractores que no participan en el acuerdo extrajudicial a partes perjudicadas que tampoco participan en el acuerdo extrajudicial, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta las indemnizaciones ya pagadas a través de la solución extrajudicial de controversias, teniendo en cuenta que no todos los coinfractores tienen necesariamente el mismo grado de implicación en todo el ámbito sustantivo, temporal y geográfico de la infracción.
- (53) La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y se atiene a los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- (54) Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, establecer normas relativas a acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, con el fin de garantizar la plena aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y el correcto funcionamiento del mercado interior para las empresas y los consumidores, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a la necesaria eficacia y coherencia de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, con arreglo al principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.
- (55) De conformidad con la Declaración política conjunta de 28 de septiembre de 2011 de los Estados miembros y de la Comisión sobre los documentos explicativos [\(7\)](#), en casos justificados los Estados miembros se han comprometido a adjuntar a la notificación de las medidas de transposición uno o varios documentos que expliquen la relación entre los elementos de una directiva y las partes correspondientes de los actos nacionales de transposición. Tratándose de la presente Directiva, el legislador considera justificada la transmisión de dichos documentos.

(56)Es conveniente establecer normas para la aplicación en el tiempo de la presente Directiva.

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

CAPÍTULO I

OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

Artículo 1

Objeto y ámbito de aplicación

1. La presente Directiva establece determinadas normas necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación. En ella se establecen normas destinadas a fomentar una competencia real en el mercado interior y a eliminar los obstáculos que impiden su buen funcionamiento, garantizando una protección equivalente en toda la Unión para todos los que hayan sufrido tal perjuicio.
2. La presente Directiva establece normas que coordinan la aplicación de la normativa sobre competencia por parte de las autoridades en la materia así como la aplicación de estas normas en las acciones por daños ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Artículo 2

Definiciones

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- 1) **«infracción del Derecho de la competencia»**: toda infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia;
- 2) **«infractor»**: la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia;
- 3) **«Derecho nacional de la competencia»**: las disposiciones del Derecho nacional que persiguen predominantemente el mismo objetivo que los artículos 101 y 102 del TFUE y se aplican al mismo asunto y en paralelo al Derecho de la competencia de la Unión de conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 1/2003, sin incluir las normas nacionales que prevean la imposición de sanciones penales a las personas físicas, excepto en la medida en que esas sanciones penales sean el medio para ejecutar las normas sobre competencia aplicables a las empresas;
- 4) **«acción por daños»**: toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una

o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios;

5) **«reclamación de daños y perjuicios»**: toda reclamación de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción del Derecho de la competencia;

6) **«parte perjudicada»**: la persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia;

7) **«autoridad nacional de la competencia»**: la autoridad designada por un Estado miembro de conformidad con el artículo 35 del Reglamento (CE) nº 1/2003 como responsable de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE;

8) **«autoridad de la competencia»**: la Comisión o una autoridad nacional de la competencia, o ambas, según el contexto;

9) **«órgano jurisdiccional nacional»**: un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a tenor del artículo 267 del TFUE;

10) **«órgano jurisdiccional competente»**: todo órgano jurisdiccional nacional facultado para revisar mediante recurso ordinario las resoluciones adoptadas por una autoridad nacional de la competencia, o las resoluciones judiciales en que se haya fallado sobre aquellas, con independencia de si dicho órgano jurisdiccional está facultado para determinar por sí mismo la existencia de una infracción del Derecho de la competencia;

11) **«resolución de infracción»**: toda resolución de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente en la que se declare la existencia de una infracción del Derecho de la competencia;

12) **«resolución de infracción firme»**: toda resolución en la que se declare la existencia de una infracción y contra la que no quepa o ya no quepa la posibilidad de interponer recurso ordinario;

13) **«pruebas»**: todos los tipos de medios de prueba admisibles ante el órgano jurisdiccional nacional que conozca de un asunto, especialmente los documentos y todos los demás objetos que contengan información, independientemente del soporte en que la información esté contenida;

14) **«cártel»**: todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia;

15) **«programa de clemencia»**: todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE o de una disposición análoga de la legislación nacional

según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la dispensa del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma;

16) «**declaración en el marco de un programa de clemencia**»: toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente;

17) «**información preexistente**»: las pruebas que existen independientemente del procedimiento de una autoridad de la competencia, tanto si esa información consta en el expediente de una autoridad de la competencia como si no;

18) «**solicitud de transacción**»: toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de la competencia en la que se reconozca o renuncie a discutir su participación y responsabilidad en una infracción del Derecho de la competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de la competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado;

19) «**beneficiario de la dispensa**»: toda empresa o persona física a la que una autoridad de la competencia haya eximido del pago de multas en el marco de un programa de clemencia;

20) «**sobrecoste**»: la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia;

21) «**solución extrajudicial de controversias**»: todo mecanismo que permita a las partes alcanzar una solución extrajudicial de una controversia relativa a una reclamación de daños y perjuicios;

22) «**acuerdo extrajudicial**»: todo acuerdo alcanzado mediante una solución extrajudicial de controversias;

23) «**comprador directo**»: una persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia;

24) «**comprador indirecto**»: una persona física o jurídica que haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos.

Derecho al pleno resarcimiento

1. Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio.
2. El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.
3. El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo.

Artículo 4

Principios de efectividad y equivalencia

De acuerdo con el principio de efectividad, los Estados miembros velarán por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciban y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia. De acuerdo con el principio de equivalencia, las normas y procedimientos nacionales relativos a las acciones por daños derivados de infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE no serán menos favorables a las presuntas partes perjudicadas que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional.

CAPÍTULO II

EXHIBICIÓN DE LAS PRUEBAS

Artículo 5

Exhibición de las pruebas

1. Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a acciones por daños en la Unión y previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en el presente capítulo. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado.

El presente apartado se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales que se establecen en el Reglamento (CE)

n° 1206/2001.

2. Los Estados miembros velarán por que sus órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada.

3. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales limiten la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado. A la hora de determinar si la exhibición solicitada por una parte es proporcionada, los órganos jurisdiccionales nacionales tomarán en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados. En particular, tendrán en cuenta:

- a) la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas;
- b) el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento;
- c) si las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial.

4. Los Estados miembros garantizarán que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo consideren pertinente en casos de acciones por daños. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando ordenen exhibir esa información, tengan a su disposición medidas eficaces para protegerla.

5. El interés de las empresas en evitar acciones por daños a raíz de una infracción del Derecho de la competencia no constituirá un interés que justifique protección.

6. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales den pleno efecto a los privilegios profesionales legales aplicables de acuerdo con el Derecho de la Unión o el nacional cuando ordenen la exhibición de las pruebas.

7. Los Estados miembros velarán por que las personas de quienes se interesa una exhibición de pruebas puedan ser oídas antes de que el órgano jurisdiccional nacional ordene dicha exhibición en virtud del presente artículo.

8. Sin perjuicio de los apartados 4 y 7, y del artículo 6, el presente artículo no impedirá que los Estados miembros mantengan o introduzcan normas que conduzcan a un sistema de exhibición más amplia de las pruebas.

Artículo 6

Exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia

1. Los Estados miembros velarán por que, a efectos de las acciones por daños, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales ordenen la exhibición de las

pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, se aplique el presente artículo además del artículo 5.

2. El presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos con arreglo al Reglamento (CE) n° 1049/2001.

3. El presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas y prácticas del Derecho de la Unión o nacional sobre la protección de los documentos internos de las autoridades de la competencia y de la correspondencia entre las autoridades de la competencia.

4. Al evaluar la proporcionalidad de una orden de exhibición de información, con arreglo al artículo 5, apartado 3, los órganos jurisdiccionales nacionales examinarán además:

a) si la solicitud ha sido formulada específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los documentos presentados a una autoridad de la competencia o conservados en los archivos de dicha autoridad, en lugar de mediante una solicitud no específica relativa a documentos facilitados a una autoridad de la competencia;

b) si la parte que solicita la exhibición lo hace en relación con una acción por daños ante un órgano jurisdiccional nacional, y

c) en relación con los apartados 5 y 10, o a petición de una autoridad de la competencia con arreglo al apartado 11, la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

5. Los órganos jurisdiccionales nacionales podrán ordenar la exhibición de las siguientes categorías de pruebas únicamente después de que una autoridad de la competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de otro modo:

a) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia;

b) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y

c) las solicitudes de transacción que se hayan retirado.

6. Los Estados miembros velarán por que, a efectos de las acciones por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas:

a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y

b) las solicitudes de transacción.

7. Un demandante podrá presentar una solicitud motivada para que un órgano jurisdiccional nacional acceda a las pruebas a las que se refiere el apartado 6, letras a) o b), con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones del artículo 2, puntos 16 y 18. En dicha evaluación, los órganos jurisdiccionales nacionales podrán pedir asistencia solamente a las autoridades de

la competencia competentes. También se ofrecerá a los autores de las pruebas de que se trate la posibilidad de ser oídos. El órgano jurisdiccional nacional no permitirá en ningún caso el acceso de otras partes o de terceros a esas pruebas.

8. Si solo algunas partes de la prueba solicitada se ven cubiertas por el apartado 6, las restantes partes serán exhibidas, en función de la categoría en la que estén incluidas, con arreglo a las disposiciones pertinentes del presente artículo.

9. En las acciones por daños podrá ordenarse en todo momento la exhibición de pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de la competencia y no se encuadren en ninguna de las categorías enumeradas en el presente artículo, sin perjuicio del presente artículo.

10. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales no requieran a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes de estas, salvo que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en una medida razonable, de aportar dichas pruebas.

11. En la medida en que una autoridad de la competencia desee manifestar su punto de vista sobre la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición, podrá presentar, por propia iniciativa, observaciones ante el órgano jurisdiccional nacional llamado a decidir sobre la admisibilidad de dicha exhibición.

Artículo 7

Límites impuestos al uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia

1. Los Estados miembros velarán por que las pruebas que se encuadren en las categorías definidas en el artículo 6, apartado 6, que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, no sean admisibles en las acciones por daños o bien queden protegidas de otro modo con arreglo a la normativa nacional aplicable, para garantizar el pleno efecto de los límites relativos a la exhibición de pruebas que se establecen en el artículo 6.

2. Los Estados miembros velarán por que, hasta que la autoridad de la competencia haya dado por concluido el procedimiento con la adopción de una decisión o de otro modo, las pruebas que se encuadren en las categorías definidas en el artículo 6, apartado 5, que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de esa autoridad de la competencia, no se consideren admisibles en las acciones por daños o bien queden protegidas de otro modo con arreglo a la normativa nacional aplicable, para garantizar el pleno efecto de los límites relativos a la exhibición de pruebas que se establecen en el artículo 6.

3. Los Estados miembros velarán por que las pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia y que no estén contempladas en los apartados 1 o 2 solo puedan ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que

haya adquirido su reclamación.

Artículo 8

Sanciones

1. Los Estados miembros garantizarán que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan imponer efectivamente sanciones a las partes, terceros y sus representantes legales en cualquiera de las situaciones siguientes:

- a) incumplimiento o negativa a cumplir un requerimiento de exhibición de pruebas emitido por cualquier órgano jurisdiccional nacional;
- b) destrucción de pruebas pertinentes;
- c) incumplimiento o negativa a cumplir las obligaciones impuestas por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional destinada a proteger información confidencial;
- d) incumplimiento de los límites sobre el uso de pruebas previstos en el presente capítulo.

2. Los Estados miembros se asegurarán de que las sanciones que pueden imponer los órganos jurisdiccionales nacionales sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Entre ellas se incluirán, por lo que se refiere al comportamiento de una parte en un procedimiento de una acción por daños, la posibilidad de extraer conclusiones adversas, tales como presumir que la cuestión relevante ha quedado acreditada o desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente, y la posibilidad de condenar en costas.

CAPÍTULO III

EFFECTO DE LAS RESOLUCIONES NACIONALES, PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN, RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA

Artículo 9

Efecto de las resoluciones nacionales

1. Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia.

2. Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones

de los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del artículo 267 del TFUE.

Artículo 10

Plazos

1. Los Estados miembros establecerán, de conformidad con el presente artículo, las normas aplicables a los plazos para ejercitar acciones por daños. Tales normas determinarán cuándo empieza a correr el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende.
2. Los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de:
 - a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia;
 - b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y
 - c) la identidad del infractor.
3. Los Estados miembros velarán por que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años.
4. Los Estados miembros velarán por que se suspenda o, en función del Derecho nacional, se interrumpa el plazo si una autoridad de la competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños. La suspensión terminará, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

Artículo 11

Responsabilidad conjunta y solidaria

1. Los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros velarán por que, sin perjuicio del derecho al pleno resarcimiento establecido en el artículo 3, cuando el infractor sea una pequeña o mediana empresa (pyme) conforme a la definición de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión ⁽⁸⁾, el infractor solo sea responsable ante sus propios compradores directos e indirectos si:
 - a) su cuota de mercado en el respectivo mercado era inferior al 5 % en todo momento durante la infracción del Derecho de la competencia, y
 - b) la aplicación de las disposiciones normales en materia de responsabilidad conjunta y solidaria mermarían irremediabilmente su viabilidad económica y

causaría una pérdida de todo el valor de sus activos.

3. La excepción recogida en el apartado 2 no se aplicará cuando:

- a) la pyme hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o
- b) la pyme hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia.

4. Como excepción al apartado 1, los Estados miembros velarán por que un beneficiario de clemencia sea responsable conjunta y solidariamente:

- a) ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y
- b) ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia.

Los Estados miembros garantizarán que el plazo aplicable a los casos previstos en el presente apartado sea razonable y suficiente para que las partes perjudicadas interpongan tales acciones.

5. Los Estados miembros velarán por que todo infractor pueda recuperar de cualquier otro infractor una contribución cuyo importe se fijará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia. El importe de la contribución de un infractor al que se haya concedido la dispensa en el pago de multas en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos.

6. Los Estados miembros velarán por que, en la medida en que la infracción del Derecho de la competencia causara un perjuicio a partes perjudicadas distintas de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución de un beneficiario de clemencia a otros infractores se determine en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio.

CAPÍTULO IV

REPERCUSIÓN DE SOBRECOSTES

Artículo 12

Repercusión de sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento

1. Para garantizar la plena efectividad del derecho al resarcimiento pleno establecido en el artículo 3, los Estados miembros velarán por que, con arreglo a las disposiciones previstas en el presente capítulo, el resarcimiento de daños y perjuicios pueda reclamarlo del infractor cualquiera que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto, y se eviten indemnizaciones muy por encima de los daños y perjuicios causados al demandante por la infracción del Derecho de la competencia, así como la falta de responsabilidad del infractor.

2. Con objeto de evitar la sobrecompensación, los Estados miembros

establecerán las disposiciones procesales adecuadas para garantizar que el resarcimiento por el daño emergente a cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio por el sobrecoste sufrido a ese nivel.

3. Lo dispuesto en el presente capítulo se entenderá sin perjuicio del derecho de una parte perjudicada a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante debido a una repercusión total o parcial de los sobrecostes.

4. Los Estados miembros velarán por que las normas establecidas en el presente capítulo se apliquen en consecuencia cuando la infracción del Derecho de la competencia se refiera a un suministro al infractor.

5. Los Estados miembros velarán por que el órgano jurisdiccional nacional esté facultado para calcular, con arreglo a los procedimientos nacionales, qué cuota del sobrecoste se repercutió.

Artículo 13

Defensa basada en la repercusión de sobrecostes

Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros.

Artículo 14

Compradores indirectos

1. Los Estados miembros velarán por que, cuando en una acción por daños la existencia de una reclamación de daños y perjuicios o el importe de la indemnización que debe concederse dependa de si se repercutió un sobrecoste al demandante o en qué medida, teniendo en cuenta la práctica comercial de que los aumentos de precio se repercuten en puntos posteriores de la cadena de suministro, la carga de demostrar la existencia y la cuantía de tal repercusión recaiga en el demandante, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandado o de terceros.

2. En la situación a que se refiere el apartado 1, se considerará que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste si dicho comprador indirecto demuestra que:

- a) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia;
- b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado, y
- c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran.

El presente apartado no se aplicará cuando el demandado pueda demostrar a

satisfacción del órgano jurisdiccional que los sobrecostos no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto.

Artículo 15

Acciones por daños ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro

1. Con el fin de evitar que las acciones por daños ejercitadas por demandantes de distintos niveles de la cadena de suministro aboquen a una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor, los Estados miembros velarán por que a la hora de evaluar si se cumple la carga de la prueba derivada de la aplicación de los artículos 13 y 14, los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de una reclamación por daños y perjuicios puedan, a través de medios disponibles en el marco del Derecho de la Unión o en el nacional, tomar en consideración debidamente cualquiera de los siguientes elementos:

- a) las acciones por daños que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia, pero hayan sido interpuestas por demandantes situados en otros niveles de la cadena de suministro;
- b) las resoluciones derivadas de acciones por daños a que se refiere la letra a);
- c) información pertinente de dominio público derivada de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con el artículo 30 del Reglamento (UE) n° 1215/2012.

Artículo 16

Orientaciones para los órganos jurisdiccionales nacionales

La Comisión formulará orientaciones para los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la estimación de la cuota de los sobrecostos repercutidos al comprador indirecto.

CAPÍTULO V CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO

Artículo 17

Cuantificación del perjuicio

1. Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara

prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles.

2. Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción.

3. Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a reclamaciones de daños y perjuicios, una autoridad nacional de la competencia pueda ofrecer, previa petición de un órgano jurisdiccional nacional, asesoramiento a este en el tema de la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, si dicha autoridad nacional de la competencia considera adecuado tal asesoramiento.

CAPÍTULO VI

SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS

Artículo 18

Efecto suspensivo de la solución extrajudicial de controversias y otros efectos

1. Los Estados miembros velarán por que el plazo para ejercitar una acción por daños se suspenda hasta tanto no concluya cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias que tenga lugar. La suspensión del plazo solo se aplicará en relación con las partes que estén o estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia.

2. Sin perjuicio de la normativa nacional en materia de arbitraje, los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de una acción por daños puedan suspender el procedimiento durante un máximo de dos años en caso de que las partes en el procedimiento estén intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con las pretensiones de dicha acción por daños.

3. Una autoridad de la competencia podrá considerar como atenuante el hecho de que, antes de adoptar su decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial.

Artículo 19

Efecto de los acuerdos extrajudiciales sobre las posteriores acciones por daños

1. Los Estados miembros velarán por que, tras un acuerdo extrajudicial, la reclamación de la parte perjudicada que participe en el acuerdo se reduzca en la parte proporcional que el coinfractor con quien se ha alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia ocasionó a la parte perjudicada.

2. Cualquier reclamación restante de la parte perjudicada que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial solo podrá ejercitarse contra coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo. Los coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo no podrán exigir del infractor que participó en el acuerdo una contribución en la reclamación restante.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros velarán por que, cuando los coinfractores que no hayan alcanzado un acuerdo extrajudicial no puedan pagar los daños y perjuicios correspondientes a la reclamación restante de la parte perjudicada que alcanzó el acuerdo, esta pueda exigir la reclamación restante al coinfractor con quien se haya alcanzado el acuerdo extrajudicial.

La excepción recogida en el párrafo primero podrá quedar expresamente excluida en las condiciones del acuerdo consensual.

4. Al determinar el importe de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo.

CAPÍTULO VII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 20

Revisión

1. La Comisión revisará la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 27 de diciembre de 2020.
2. El informe a que se refiere el apartado 1 incluirá, entre otros, información acerca de lo siguiente:
 - a) el posible impacto de las restricciones financieras derivadas del pago de sanciones impuestas por una autoridad de la competencia por una infracción del Derecho de la competencia, sobre la posibilidad de que las partes afectadas obtengan el resarcimiento pleno de los daños y perjuicios causados por dicha infracción del Derecho de la competencia;
 - b) la medida en que los demandantes por aquellos daños y perjuicios causados por una infracción del Derecho de la competencia que hayan quedado declarados en una resolución de infracción adoptada por una autoridad de la competencia de un Estado miembro han sido capaces de acreditar ante un órgano jurisdiccional nacional de otro Estado miembro que dicha infracción del Derecho de la competencia se había producido;
 - c) la medida en que la indemnización del daño emergente supera el perjuicio por los sobrecostos causados por una infracción del Derecho de la competencia o sufridos a cualquier nivel de la cadena de suministro.
3. En su caso, el informe a que se refiere el apartado 1 irá acompañado de una propuesta legislativa.

Artículo 21

Transposición

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva a más tardar el 27 de diciembre de 2016. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 22

Aplicación en el tiempo

1. Los Estados miembros se asegurarán de que las medidas nacionales adoptadas en virtud del artículo 21 a fin de cumplir con las disposiciones sustantivas de la presente Directiva no se apliquen con efecto retroactivo.

2. Los Estados miembros se asegurarán de que ninguna medida nacional adoptada en virtud del artículo 21, distinta de aquellas a las que se refiere el apartado 1, se aplique a las acciones por daños ejercitadas ante un órgano jurisdiccional nacional antes del 26 de diciembre de 2014.

Artículo 23

Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Artículo 24

Destinatarios

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

Hecho en Estrasburgo, el 26 de noviembre de 2014.

Por el Parlamento Europeo

El Presidente

M. SCHULZ

Por el Consejo

El Presidente

S. GOZI

⁽¹⁾ DO C 67 de 6.3.2014, p. 83.

⁽²⁾ Posición del Parlamento Europeo de 17 de abril de 2014 (no publicada aún en el Diario Oficial) y Decisión del Consejo de 10 de noviembre de 2014.

(3) Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

(4) Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DO L 174 de 27.6.2001, p. 1).

(5) Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145 de 31.5.2001, p. 43).

(6) Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20.12.2012, p. 1).

(7) DO C 369 de 17.12.2011, p. 14.

(8) Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

ANEXO II

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

de 20 de septiembre de 2001 [\(1\)](#)

«Artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) – Contrato de compra exclusiva de cerveza - Arrendamiento de establecimientos de bebidas - Práctica colusoria - Derecho de una parte contratante a una indemnización por daños y perjuicios»

En el asunto C-453/99,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Courage Ltd

y

Bernard Crehan

y entre

Bernard Crehan

y

Courage Ltd y otros,

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) y de otras disposiciones del Derecho comunitario,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, C. Gulmann, M. Wathelet (Ponente) y V. Skouris, Presidentes de Sala, D.A.O. Edward, P. Jann y L. Sevón, las Sras. F. Macken y N. Colneric y los Sres. J.N. Cunha Rodrigues y C.W.A. Timmermans, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mischo;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Courage Ltd, por el Sr. N. Green, QC, designado por la Sra. A. Molyneux, Solicitor;
- en nombre del Sr. Crehan, por los Sres. D. Vaughan, QC, y M. Brealey, Barrister;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. J.E. Collins, en calidad de

agente, asistido por el Sr. K. Parker, QC;

- en nombre del Gobierno francés, por las Sras. K. Rispal-Bellanger et R. Loosli-Surrans, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. U. Leanza, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno sueco, por la Sra. L. Nordling y el Sr. I. Simfors, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. K. Wiedner, en calidad de agente, asistido por el Sr. N. Khan, Barrister;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Courage Ltd, representada por el Sr. N. Green y la Sra. M. Gray, Barrister; del Sr. Crehan, representado por los Sres. D. Vaughan y M. Brealey; del Gobierno del Reino Unido, representado por los Sres. J.E. Collins y K. Parker, y de la Comisión, representada por los Sres. K. Wiedner y N. Khan, expuestas en la vista de 6 de febrero de 2001;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 22 de marzo de 2001;

dicta la siguiente

Sentencia

1.

Mediante resolución de 16 de julio de 1999, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de noviembre siguiente, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) planteó, con arreglo al artículo 234 CE, cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) y de otras disposiciones de Derecho comunitario.

2.

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la sociedad Courage Ltd (en lo sucesivo, «Courage») y el Sr. Crehan, arrendatario de un establecimiento de bebidas, relativo a unos suministros de cerveza que no habían sido pagados por este último.

Los hechos del asunto principal y las cuestiones prejudiciales

3.

En 1990, Courage, un fabricante de cerveza, que dispone en el Reino Unido de una cuota del mercado de dicho producto del 19 %, y Grand Metropolitan (en lo sucesivo, «Grand Met»), una sociedad que posee distintos intereses en la hostelería y la restauración, acordaron fusionar sus establecimientos de bebidas (en lo sucesivo, «pubs»), que ambas entidades dan en arrendamiento. Con este propósito, transfirieron sus respectivos «pubs» a Intrepeneur Estates Ltd (en lo sucesivo, «IEL»), una sociedad participada a partes iguales por Courage y Grand Met. Un acuerdo celebrado entre IEL y Courage preveía que todos los arrendatarios de IEL debían adquirir su cerveza exclusivamente a Courage. Ésta se hallaba obligada a suministrar las cantidades de cerveza solicitadas a los precios fijados en las tarifas aplicables a los locales arrendados por IEL.

4.

IEL presentaba un contrato tipo de arrendamiento a sus arrendatarios. Si bien la cuantía de la renta podía ser objeto de negociación con el arrendatario potencial, la obligación de compra exclusiva y las restantes cláusulas del

contrato no eran negociables.

5.

En 1991, el Sr. Crehan celebró con IEL dos contratos de arrendamiento por veinte años que incluían una obligación de compra a favor de Courage. La renta estaba sujeta a una revisión quinquenal, únicamente al alza, fijada en el importe del alquiler más alto del período anterior o en el alquiler más elevado que pudiera obtenerse en un mercado abierto para el resto del período según las restantes condiciones del contrato de arrendamiento. El arrendatario del establecimiento debía comprar una determinada cantidad mínima de ciertas cervezas e IEL se comprometía a conseguir que los tipos de cerveza especificados fueran suministrados por Courage al arrendatario a los precios indicados en la lista de precios de esta última.

6.

En 1993, Courage, parte demandante en el asunto principal, formuló una demanda con objeto de que se condenara al Sr. Crehan, parte demandada en el asunto principal, al pago de una cantidad de 15.266 GBP, correspondientes a los suministros de cerveza que no se habían pagado. Por un lado, el Sr. Crehan manifestó su disconformidad con la fundamentación de la citada demanda al afirmar que la obligación de compra resultaba contraria al artículo 85 del Tratado. Por otro lado, formuló reconvencción con el fin de conseguir una indemnización por daños y perjuicios.

7.

El Sr. Crehan alegó que Courage vendía su cerveza a los arrendatarios independientes de «pubs» a unos precios sustancialmente más bajos que los que figuraban en la lista de precios aplicados a los arrendatarios de los locales de IEL y que se hallaban vinculados a ella por una cláusula de exclusividad. El Sr. Crehan alegó que la citada diferencia de precios tenía como consecuencia reducir la rentabilidad de la actividad de los arrendatarios de establecimientos de bebidas sujetos a una cláusula de esta índole y obligarlos a poner fin a su actividad.

8.

El contrato tipo de arrendamiento utilizado por Courage, Gran Met y sus filiales fue notificado a la Comisión en 1992. En 1993, ésta publicó una comunicación con arreglo al artículo 19, apartado 3, del Reglamento n. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), en la cual anunciaba su intención de conceder una exención en virtud de lo dispuesto en el artículo 85, apartado 3, del Tratado.

9.

La notificación fue retirada en octubre de 1997 a raíz de la introducción por IEL de un nuevo contrato tipo de arrendamiento, que le fue notificado asimismo a la Comisión. Sin embargo, el nuevo arrendamiento no se cuestiona en el presente caso en el asunto principal, ya que las demandas interpuestas versan sobre la aplicación de la cláusula de compra exclusiva en virtud del antiguo arrendamiento.

10.

Las consideraciones que han llevado a la Court of Appeal a plantear varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia son las siguientes.

11.

Según el órgano jurisdiccional remitente, el Derecho inglés no permite que una de las partes en un acuerdo ilícito reclame a la otra parte una indemnización por daños y perjuicios. De ello se desprende que, aun reconociendo que tenga fundamento el motivo formulado por el Sr. Crehan en apoyo de su defensa, según el cual el arrendamiento que ha celebrado contraviene el artículo 85 del Tratado, su demanda de indemnización por daños y perjuicios es inadmisibile según el Derecho inglés.

12.

Por otra parte, la Court of Appeal había declarado, en una sentencia anterior a la resolución de remisión, sin haber considerado necesario plantear una cuestión al Tribunal de Justicia sobre este punto, que el objeto del artículo 85, apartado 1, del Tratado era proteger a los terceros, ya fueran competidores o

consumidores, y no a las partes en un acuerdo ilícito. En efecto, éstas son los autores y no las víctimas de la restricción de la competencia.

13.

La Court of Appeal señala que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América declaró, en la sentencia *Perma Life Mufflers Inc. contra Int'l Parts Corp.* [392 US 134 (1968)], que una de las partes en un acuerdo contrario a las normas sobre la competencia puede presentar una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la otra parte contratante, cuando se halle en una situación de inferioridad económica.

14.

La Court of Appeal se pregunta asimismo sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de la causa de inadmisión que opone el Derecho inglés a las pretensiones del Sr. Crehan, descritas en el apartado 6 de la presente sentencia.

15.

En el supuesto de que el Derecho comunitario otorgara a una parte en un contrato susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia una protección jurídica análoga a la que ofrece el Derecho de los Estados Unidos de América, la Court of Appeal señala que existe un posible conflicto entre el principio de autonomía procesal y el de aplicación uniforme del Derecho comunitario.

16.

En estas circunstancias, la Court of Appeal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 81 CE (antiguo artículo 85) en el sentido de que una de las partes en un contrato ilícito de arrendamiento de un establecimiento de bebidas que contiene una cláusula de exclusividad puede invocar dicho artículo ante un órgano jurisdiccional a fin de conseguir una protección jurisdiccional ("relief") contra la otra parte contratante?

2) En caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión, ¿la parte que solicita la protección jurisdiccional ("relief") tiene derecho a que se le conceda una indemnización por daños y perjuicios por un perjuicio que, supuestamente, es el resultado de haber estado vinculada por la cláusula del contrato que infringe el artículo 81 CE?

3) ¿Debe considerarse compatible con el Derecho comunitario una norma del Derecho nacional que dispone que los órganos jurisdiccionales no deben permitir a una persona alegar y/o basarse en sus propios actos ilegales, como paso necesario para obtener una indemnización por daños y perjuicios?

4) Si se responde a la tercera cuestión que, en ciertas circunstancias, dicha norma puede ser incompatible con el Derecho comunitario, ¿qué circunstancias debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional?»

Sobre las cuestiones

17.

Mediante sus cuestiones primera, segunda y tercera, que deben examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide, en esencia, que se dilucide, si una parte de un contrato que puede restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido del artículo 85 del Tratado, puede invocar la infracción de esta disposición ante un órgano jurisdiccional nacional con objeto de lograr frente a la otra parte contratante una protección jurisdiccional («relief») y, en particular, la reparación de un perjuicio que la primera parte alega que resulta de su sujeción a una cláusula contractual contraria al citado artículo 85, y, en consecuencia, si el Derecho comunitario se opone a una

norma de Derecho nacional que niega a una persona el derecho a basarse en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

18.

En el supuesto de que el Derecho comunitario se oponga a una norma nacional de esta índole, el órgano jurisdiccional nacional pretende que se dilucide, mediante su cuarta cuestión, cuáles son las circunstancias que deben tomarse en consideración para apreciar la fundamentación de una demanda de indemnización por daños y perjuicios de esta índole.

19.

Debe recordarse, en primer lugar, que el Tratado ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias (véanse las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos, 26/62, Rec. pp. 1 y ss., especialmente p. 23; de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, Rec. pp. 1141 y ss., especialmente pp. 1158 a 1160, y de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I- 5357, apartado 31).

20.

En segundo lugar, con arreglo al artículo 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, apartado 1, letra g), tras su modificación], el artículo 85 del Tratado constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad y, en particular, para el funcionamiento del mercado interior (véase la sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss, C-126/97, Rec. p. I-3055, apartado 36).

21.

Por lo demás, la importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente, en el artículo 85, apartado 2, que los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo son nulos de pleno Derecho (véase la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 36).

22.

Esta nulidad, que puede ser invocada por cualquier persona, se impone al juez cuando concurren los requisitos de aplicación del artículo 85, apartado 1, y el acuerdo de que se trate no pueda justificar la concesión de una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado (sobre este último punto, véase en particular, la sentencia de 9 de julio de 1969, Portelange, 10/69, Rec. p. 309, apartado 10). Como la nulidad que establece el artículo 85, apartado 2, tiene carácter absoluto, un acuerdo nulo con arreglo a dicha disposición no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros (véase la sentencia de 25 de noviembre de 1971, Béguelin, 22/71, Rec. p. 949, apartado 29). Además, esta nulidad puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión de que se trate (véase la sentencia de 6 de febrero de 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Rec. p. 77, apartado 26).

23.

En tercer lugar, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 85, apartado 1, del Tratado y 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE) pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares y que dichos artículos crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (véanse las sentencias de 30 de enero de 1974, BRT y SABAM, denominada «BRT 1», 127/73, Rec. p. 51, apartado 16, y de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles/Comisión, C-282/95 P, Rec. p. I-1503, apartado 39).

24.

De las consideraciones anteriores se desprende que cualquier particular

puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición.

25.

Por lo que atañe a la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio irrogado por un contrato o un comportamiento susceptibles de restringir o de falsear el juego de la competencia, procede recordar en primer lugar que, según jurisprudencia reiterada, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, *Factortame* y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19).

26.

La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

27.

En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad.

28.

En estas circunstancias no puede excluirse *a priori* que una acción de este tipo sea ejercitada por una parte en un contrato que se reputa contrario a las normas sobre la competencia.

29.

Sin embargo, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase la sentencia de 10 de julio de 1997, *Palmisani*, C-261/95, Rec. p. I-4025, apartado 27).

30.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios (véanse, en particular, las sentencias de 4 de octubre de 1979, *Ireks-Arkady/Consejo y Comisión*, 238/78, Rec. p. 2955, apartado 14; de 27 de febrero de 1980, *Just*, 68/79, Rec. p. 501, apartado 26, y de 21 de septiembre de 2000, *Michaïlidis*, asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98, Rec. p. I-7145, apartado 31).

31.

De la misma forma, el Derecho comunitario no se opone a que, con la condición de respetar los principios de equivalencia o de efectividad (véase la sentencia *Palmisani*, antes citada, apartado 27), el Derecho nacional deniegue a una parte, de la cual se haya comprobado que tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de la otra parte contratante. En efecto,

conforme a un principio reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que el Tribunal de Justicia ya ha aplicado (véase la sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia, 39/72, Rec. p. 101, apartado 10), un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado.

32.

A este respecto, entre los elementos de apreciación que puede tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional competente debe mencionarse el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, así como, según señala con razón el Gobierno del Reino Unido, el poder de negociación y el respectivo comportamiento de ambas partes en el contrato.

33.

En particular, incumbe al citado órgano jurisdiccional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición.

34.

Refiriéndose a las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1967, Brasserie de Haecht (23/67, Rec. pp. 525 y ss., especialmente p. 537), y de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), apartados 14 a 26, la Comisión y el Gobierno del Reino Unido han señalado también con razón el supuesto de un contrato que resulta contrario al artículo 85, apartado 1, del Tratado por el único motivo de que forma parte de un conjunto de contratos similares que producen un efecto acumulativo sobre el juego de la competencia. En un supuesto de este tipo, quien contrata con el titular de dicho conjunto de contratos similares puede no tener una responsabilidad significativa en la infracción del artículo 85, en particular cuando, de hecho, los términos del contrato le han sido impuestos por el titular del conjunto.

35.

Contrariamente a lo que afirma Courage, una apreciación diferenciada de la amplitud de las responsabilidades no es contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, en orden a la aplicación del artículo 85 del Tratado, importa poco que las partes de un acuerdo se hallen o no en pie de igualdad por lo que atañe a su posición y a su función económica (véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 493). En efecto, esta jurisprudencia versa sobre los requisitos de aplicación del artículo 85 del Tratado, siendo así que las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia en el presente asunto se refieren a determinadas consecuencias en materia civil de una infracción de esa disposición.

36.

A la vista del conjunto de las consideraciones precedentes, procede responder a las cuestiones planteadas que:

- una parte en un contrato que puede restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido del artículo 85 del Tratado, puede invocar la infracción de esta disposición para obtener una protección jurisdiccional («relief») contra la otra parte contratante;
- el artículo 85 del Tratado se opone a una norma de Derecho nacional que prohíbe a una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido de la citada disposición, solicitar una indemnización por daños y perjuicios como reparación de un perjuicio ocasionado por la ejecución del citado contrato por el mero hecho de que el autor de la solicitud sea parte en éste;

- el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia.

Costas

37.

Los gastos efectuados por los Gobiernos del Reino Unido, francés, italiano y sueco, así como por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) mediante resolución de 16 de julio de 1999, declara:

1) Una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido del artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE), puede invocar la infracción de esta disposición para obtener una protección jurisdiccional («relief») contra la otra parte contratante.

2) El artículo 85 del Tratado se opone a una norma de Derecho nacional que prohíbe a una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido de la citada disposición, solicitar una indemnización por daños y perjuicios como reparación de un perjuicio ocasionado por la ejecución del citado contrato por el mero hecho de que el autor de la solicitud sea parte en éste.

3) El Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia.

Rodríguez Iglesias
Gulmann
Wathelet

Skouris

Edward
Jann

Sevón

Macken

Colneric

Cunha Rodrigues

Timmermans

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 20 de septiembre de 2001.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

[1:](#) Lengua de procedimiento: inglés.